

SÉANCE 8 : La modification et la fin du contrat

SOMMAIRE DES DOCUMENTS

Document 1 : Circulaire du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques (application de la théorie de l'imprévision)	2
Document 2 : Article 18 du code des marchés publics.....	5
Document 3 : CE 14 juin 2000, Commune de Staffelfelden, n° 184722 (extrait).....	6
Document 4 : CE, 30 juillet 2003, <i>Commune de Lens</i> , n° 223445.....	7
Document 5 : CE, Section des travaux publics, Avis no 371.234, 9 avril 2005.....	8
Document 6 : CJCE, 19 juin 2008, <i>Presstext Nachrichtenagentur GmbH</i> , aff. C-454/06 (extraits)...	12
Document 8 : CE, 8 avril 2009, <i>Association Alcaly et autres</i> , n° 290604.....	16
Document 9 : CE, Section des finances, Avis, 8 juin 2000, n° 364 803	19
Document 10 : CE, 11 juillet 2008, Ville de Paris c/ Sté Clear Channel France, n° 312354.....	21
Document 11 : CE, 27 octobre 2010, Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes, Le Cannet, Mandelieu-la-Napoule, n° 318617.....	23

ARRET A COMMENTER

Document 7 : CE, 8 avril 2009, Association Alcaly et autres, n° 290604

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

BONNOTTE (C), «Les conventions de service public et le temps», *RFDA* 2005 p.89.

BRENET (F.), « L'obligation d'exécution du contrat administratif unilatéralement modifié par l'Administration pour motif d'intérêt général », *DA*, 1^{er} janvier 2011, n° 1, pp. 26-28.

DACOSTA (B.), « Pouvoir de modification unilatérale d'un contrat par la personne publique », *RJEP*, avril 2011, n° 685, pp. 18-22.

DREYFUS (J.D), «Les critères permettant de caractériser les sujétions techniques imprévues », *AJDA* 2003, p. 1727.

GEFFRAY (E.) et LIEBER (S.J.), « Le Vélib' au-delà du « périph » : avenant ou nouveau marché ? », *AJDA* 2008, p. 1816.

HOEPFFNER (H.), *La modification du contrat administratif*, LGDJ, 2009.

Document 1 : Circulaire du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques (application de la théorie de l'imprévision)

Le Premier ministre et le ministre de l'Économie et des Finances à Mesdames et Messieurs les ministres et secrétaires d'État.

1. Des évolutions exceptionnelles de la conjoncture économique peuvent, dans certains cas, conduire des titulaires de marchés soumis au régime du droit public à demander des prix de règlement supérieurs à ceux qui résulteraient de l'application des clauses contractuelles.

Afin d'éviter que les différents acheteurs publics n'adoptent, à l'égard de ces demandes, des attitudes divergentes, il me paraît utile, après avoir rappelé certains principes essentiels de la jurisprudence, de préciser selon quelles modalités pratiques des indemnités peuvent être accordées au titre de l'imprévision.

Dans cet esprit, plusieurs circulaires ont été récemment publiées afin d'ouvrir la possibilité d'accorder des indemnités forfaitaires pour atténuer les effets d'aléas économiques affectant soit certaines catégories de marchés, soit certains produits...

Dès lors, le champ d'application de la présente circulaire, qui abroge et remplace pour les demandes d'indemnités postérieures à sa publication, celle du 18 mai 1938, relative à la révision des marchés publics, est exclusivement limité aux difficultés dont la solution ne pourrait être trouvée ni dans l'un des textes particuliers mentionnés ci-dessus, ni dans l'un de ceux qui pourraient intervenir à l'initiative du ministre de l'Économie et des Finances et qui régleraient de façon simple et forfaitaire les problèmes que poseraient certaines catégories de marchés ou de produits.

PREMIÈRE PARTIE

Principes généraux

2. De la jurisprudence relative à l'exécution des contrats administratifs se dégagent quelques principes généraux susceptibles d'être invoqués par les titulaires de marchés en dehors de toute clause contractuelle. Ces principes s'appliquent notamment dans deux situations qu'il convient de bien distinguer. Il s'agit, d'une part, de la force majeure et, d'autre part, de l'imprévision.

2.1. La force majeure

2.1.1. Les éléments constitutifs de la force majeure.

Pour admettre l'existence d'un cas de force majeure, la jurisprudence exige la réunion de trois conditions. Il faut d'abord que le titulaire d'un marché se soit trouvé en présence d'une difficulté matérielle imprévisible. Il faut ensuite que celle-ci ne provienne pas de son fait. Enfin, cette difficulté doit être d'une ampleur ou d'une nature telle qu'elle rende l'exécution des obligations contractuelles impossible soit provisoirement, soit définitivement. Cette dernière condition n'est pas réalisée lorsque, par suite des circonstances économiques ou sociales, l'exécution du contrat devient seulement plus onéreuse.

2.1.2. Conséquence de la force majeure.

Lorsque la force majeure est reconnue, le titulaire du marché peut, sans être tenu au paiement d'une indemnité, obtenir la résiliation de son contrat. Par ailleurs, si la force majeure, sans rendre définitivement impossible l'exécution du contrat, l'a retardée pendant un certain temps, le titulaire peut :

- prétendre à l'exonération des pénalités de retard pour la fraction du retard imputable à la force majeure ;
- et, s'il poursuit l'exécution du contrat, demander qu'il lui soit fait application de la théorie de l'imprévision lorsque ce retard aura entraîné le bouleversement de l'économie de son contrat.

2.2. L'imprévision

Les juridictions administratives ont été conduites à tempérer, dans certains cas, les effets de l'obligation impérative qui pèse sur le titulaire d'un marché public d'en poursuivre l'exécution, sauf cas de force majeure. Ainsi, dans l'hypothèse où certaines circonstances économiques ont entraîné le bouleversement de l'économie d'un contrat, elles ont admis que l'administration participe sous forme d'une indemnité aux pertes qu'il a subies, sans pour autant garantir un bénéfice au titulaire.

2.2.1. Les éléments constitutifs de l'imprévision.

Ils sont au nombre de trois. Il faut que l'événement perturbateur :

- n'ait pu raisonnablement être prévu par le titulaire du marché ;
- qu'il ait été indépendant de la volonté du titulaire et se soit imposé à lui ;
- qu'il ait occasionné des charges supplémentaires, généralement qualifiées d'"extracontractuelles" parce que non prévues lors de la conclusion du contrat, entraînant le bouleversement de son économie.

2.2.2. Les conséquences de l'imprévision.

Lorsque le bouleversement de l'économie du contrat est établi, le titulaire du marché peut obtenir une indemnité.

Dans l'hypothèse où la stabilisation des circonstances économiques s'effectue à un niveau tel que les clauses contractuelles s'avèrent définitivement inadaptees, les tribunaux considèrent qu'il appartient aux contractants de procéder à l'amiable à leur révision. À défaut d'accord sur ce point, les tribunaux se réservent le droit de prononcer la résiliation du contrat.

Bien que de portée générale, la modification des clauses contractuelles et la résiliation d'un contrat pour cause d'imprévision ne s'appliquent pratiquement qu'aux concessions. Ce type de contrat étant de très longue durée, le palliatif que constitue l'indemnité d'imprévision est, en effet, insuffisant pour assurer, dans de bonnes conditions, la continuité du service public.

DEUXIÈME PARTIE

Modalités pratiques

3. Remarques préliminaires

3.1. Les contrats font la loi des parties. De ce principe fondamental qui ne saurait en aucun cas être perdu de vue, résulte l'obligation incombant au titulaire d'appliquer strictement les clauses contractuelles. L'administration, quant à elle, se doit d'exiger l'exécution du contrat et, le cas échéant, d'en poursuivre l'exécution par défaut. Le bouleversement de l'économie d'un marché donne lieu, lorsqu'il est dûment établi, à l'octroi d'une indemnité mais, en soi, il ne justifie pas la résiliation du marché.

3.2. En présence d'un contrat dont l'économie a été bouleversée, l'administration doit s'attacher à vérifier que les critères d'extériorité et d'imprévisibilité sont bien réalisés. On ne saurait trop insister sur le fait que les variations prévisibles dont le titulaire a normalement pu tenir compte lors de l'établissement de son offre ne doivent pas être considérées comme une surcharge.

3.3. Il convient, en outre, de préciser qu'il n'y a pas lieu de recourir à la théorie de l'imprévision si le marché comporte un mécanisme de rajustement des prix en fonction de la conjoncture économique. Tel est le cas :

- lorsque des variations sont prévues par référence à celles autorisées dans le cadre de la réglementation des prix ;
- lorsque le marché comporte une clause de révision paramétrique ; toutefois, l'octroi d'une indemnité peut être admis dans la mesure où, même après application des clauses contractuelles de révision, l'économie du contrat apparaît bouleversée ;

– enfin, lorsque le prix est déterminé par le jeu d'un rabais ou d'un coefficient à appliquer notamment à des mercuriales, des tarifs, des barèmes de catalogues ou à des séries périodiquement ajustées.

3.4. Il est souhaitable d'éviter, autant que possible, que des procédures contentieuses naissent des demandes d'indemnité pour imprévision formulées par un titulaire de marché. À cet effet, et dans des délais aussi courts que possible, l'administration doit s'efforcer de donner une solution amiable aux demandes qui lui paraissent incontestablement justifiées.

3.5. L'administration ne doit prendre en considération que les demandes formulées dans les conditions et les délais prévus par les cahiers des clauses administratives générales pour les réclamations relatives au règlement des marchés publics.

4. Modalités pratiques

L'instruction des demandes doit être effectuée conformément aux directives suivantes qui concernent les conditions d'octroi, le montant de l'indemnité et les modalités de calcul ainsi que la passation d'un avenant.

4.1. Conditions d'octroi

4.1.1. Éléments de surcharge à examiner et leurs justifications

4.1.1.1. Ces éléments peuvent, en fonction de leur nature, être regroupés en trois catégories.

a) Charges d'approvisionnement

La surcharge peut provenir d'une hausse du prix des matières premières, des semi-produits, des produits finis et de l'énergie intervenant dans l'exécution de la prestation.

b) Salaires, appointements et charges qui s'y rapportent

Les salaires, appointements et charges qui s'y rapportent peuvent également faire partie des éléments de surcharge à prendre en compte, dans la mesure, toutefois, où leur accroissement s'avère d'une ampleur telle qu'il ait pu raisonnablement échapper aux prévisions des candidats.

c) Charges fiscales

Il est tenu compte contractuellement, dans le prix de règlement, des changements de taux ou d'assiette de la taxe à la valeur ajoutée (TVA) et des taxes assimilées intervenus entre le mois d'établissement du prix et la date du fait générateur. Dans ces conditions, une variation en hausse de ces taxes ne saurait être considérée comme constituant un élément de surcharge.

En l'état actuel des textes, il n'y a pas lieu, non plus, de retenir, dans le calcul de la surcharge, les modifications affectant ceux des impôts, droits et taxes qui ne constituent pas des éléments du prix de revient.

4.1.1.2. C'est au titulaire du marché qu'il appartient de prouver que son contrat a été bouleversé et d'apporter les justifications de nature à établir le montant de la surcharge qu'il a supportée. L'administration, quant à elle, se doit de contrôler soigneusement toutes ses assertions. En examinant les justifications fournies à l'appui d'une demande d'indemnité, elle s'attachera notamment à vérifier :

- que les variations de prix d'achat alléguées sont conformes à la réglementation des prix ;
- que l'évolution des salaires n'apparaît pas anormale eu égard à celle des rémunérations payées à la fois dans la région et la branche professionnelle considérées ;
- que les hausses enregistrées sont compatibles avec celles qui sont traduites par les indices insérés dans le *Bulletin officiel des services et des prix* ou les indices et prix publiés par le *Bulletin mensuel de statistique* de l'INSEE, ou, à défaut, dans les publications professionnelles ;
- et enfin, que le niveau des prix, tel qu'il résulte de la demande du titulaire, peut être considéré comme normal par référence à celui pratiqué dans d'autres transactions de même nature.

4.1.1.3. Quand le coût de certains éléments du prix de revient se révèle inférieur à celui qui avait été prévu, il convient d'opérer, à due concurrence, une compensation entre cette diminution et le montant des charges extracontractuelles.

4.1.2. Seuil de bouleversement

4.1.2.1. Lorsque, d'après l'ensemble des facteurs ci-dessus, a été calculé le surcroît de dépenses imposé pour l'exécution du marché par suite des circonstances imprévisibles, il n'y a lieu à l'allocation d'une indemnité d'imprévision que si ce surcroît de dépenses a entraîné non seulement une perte pour le titulaire du marché, mais un bouleversement de l'économie du contrat.

4.1.2.2. Cette condition n'est, en principe, considérée comme remplie que lorsque les charges extracontractuelles ont atteint le quinzième du montant initial du marché ou, pour les marchés ne comportant pas de montant initial – cas en particulier des marchés à commandes et de clientèle – lorsque ces charges extracontractuelles ont atteint le quinzième des sommes réglées en application des clauses contractuelles. Toutes ces sommes doivent être calculées hors TVA.

Pour les marchés dont la durée d'exécution dépasse deux ans, l'appréciation ci-dessus est effectuée en prenant pour base le montant initial, soit de la tranche fonctionnelle du marché à laquelle se rattachent les charges extracontractuelles invoquées soit, à défaut, des prestations réalisées dans un intervalle de deux ans.

Néanmoins, pour déterminer le montant de l'indemnité susceptible d'être accordée, il y aura lieu, le cas échéant, de prendre en compte les diminutions, par rapport aux prévisions initiales, des éléments de coût du marché pris dans son ensemble.

Lorsque le titulaire appartient à une entreprise intégrée dans un groupe et quelle que soit la durée du marché, il convient d'apprécier le bouleversement par rapport à l'ensemble des opérations qui, effectuées au sein du groupe, ont contribué à l'exécution de la prestation.

4.2. Montant de l'indemnité

4.2.1. Lorsqu'il y a lieu à indemnité, celle-ci est liquidée et mandatée après exécution du marché puisque, réserve faite de certains marchés de longue durée, le montant des charges extra-contractuelles doit être évalué par rapport aux résultats d'ensemble du contrat.

Cependant, à titre exceptionnel, une provision sur indemnité, apurable en fin de marché et qui ne peut excéder 70 % des charges extra-contractuelles d'ores et déjà supportées, peut être accordée au titulaire qui en fait la demande lorsqu'il apparaît, à la fois :

- que le bouleversement de l'économie du contrat est d'une ampleur telle qu'il puisse être considéré comme irréversible et que, dans ces conditions, une indemnité sera de toute évidence attribuée en fin d'exécution du marché ;
- que le montant de la provision sur l'indemnité peut être évalué sur la base d'éléments de prix certains ;
- et, enfin, que la situation de l'entreprise le justifie.

L'octroi de cette provision est soumis à la conclusion d'un avenant. Ce document :

- fait référence au marché ;
- indique le montant de la provision sur indemnité ;
- reproduit les bases et les modalités du calcul qui a permis de l'établir ;
- mentionne qu'elle a été accordée en application de la théorie de l'imprévision ;
- précise, en outre, que les sommes allouées ne constituent qu'une provision dont le titulaire reste débiteur jusqu'à la liquidation de l'indemnité d'imprévision qui sera définitivement fixée par l'avenant prévu, ci-après, au 5.

Eu égard au caractère provisionnel de cette indemnité, il n'y a pas lieu d'inviter le titulaire du marché à renoncer, au titre de ce marché, à tout recours ultérieur fondé sur la théorie de l'imprévision.

4.2.2. La perte effective ou le surcroît de perte ne doit en aucun cas être mis en totalité à la charge de l'administration. Le titulaire du marché doit en supporter une part qui, en règle générale, est au moins égale à 10 %. Elle peut dépasser ce taux si le titulaire n'est pas en mesure de prouver que sa situation financière a été compromise par la surcharge imputable à l'exécution du contrat.

4.2.3. Lorsqu'il apparaît que l'indemnité susceptible d'être allouée est faible et que la détermination de son montant ainsi que son ordonnancement entraîneraient, tant pour l'administration que pour le requérant, des charges sans proportion avec l'avantage qu'elle pourrait procurer au titulaire du marché, il n'y a pas lieu de donner suite à la demande.

4.3. Modalités de calcul

4.3.1. Lorsque l'administration décide d'octroyer une indemnité au titre des catégories de marchés ou de produits ayant fait l'objet de circulaires particulières mentionnées en 1, le calcul de cette indemnité est effectué conformément aux indications figurant dans ces textes.

4.3.2. Lorsque aucune de ces circulaires ne permet de résoudre un cas particulier, le montant de l'indemnité d'imprévision doit être déterminé au vu de justifications comptables.

Ceci suppose que le titulaire est en mesure de justifier, d'une part, son prix de revient et par conséquent sa marge bénéficiaire au moment où il a remis son offre ainsi que, d'autre part, ses débours au cours de l'exécution du marché.

4.3.3. Dans le cas d'un marché à prix fermes non actualisables, le montant maximal hors TVA de l'indemnité pouvant être accordée est donné par la formule :

$$I = 0,9 [(A2 - A1) + (S2 - S1) - B].$$

Dans cette formule :

- A1 et S1 représentent respectivement les coûts prévisibles, tels qu'ils pouvaient être raisonnablement envisagés au mois d'établissement des prix ou, à défaut, à la date limite fixée pour la réception des offres, d'une part, des approvisionnements et des dépenses d'énergie et, d'autre part, des salaires, appointements et charges qui s'y rapportent ;

- A2 et S2 représentent le coût réel de ces mêmes éléments pendant la durée d'exécution de la prestation, dans les limites fixées au 4.1.1.2 ;

- B représente la marge bénéficiaire nette escomptée par le titulaire pour le marché envisagé, étant entendu qu'il ne saurait être tenu compte d'une marge négative.

Tous ces éléments sont établis hors TVA.

4.3.4. Dans l'éventualité d'un marché à prix fermes actualisables, il y a lieu de déduire des charges extra-contractuelles, déterminées conformément au 4.3.3, le supplément d'actualisation obtenu par le titulaire par rapport à ce qu'il pouvait raisonnablement escompter.

4.3.5. En ce qui concerne les marchés à prix révisibles, la formule de révision met normalement

le titulaire à l'abri des aléas économiques. Néanmoins, lorsqu'il apparaît que le jeu de cette formule n'a pas permis d'éviter un bouleversement de l'économie du contrat, il convient de tenir compte de la différence entre l'évolution réelle des coûts et celle résultant de l'application de la formule de révision. Dans ce cas, il ne faut pas omettre de réduire la couverture généralement prise par les titulaires de marchés sur la base des coûts prévisibles pour se prémunir contre d'éventuelles imperfections des formules.

4.3.6. Lorsque, exceptionnellement, la méthode décrite aux 4.3.3, 4.3.4 et 4.3.5 ne peut pas être appliquée, soit que le titulaire ne puisse pas fournir les justifications nécessaires, soit que le service ne soit en mesure de procéder à aucun contrôle comptable même partiel, l'acheteur public concerné doit soumettre pour avis la demande d'indemnité à son administration centrale ou à son autorité de tutelle.

5. Passation d'un avenant

L'octroi d'une indemnité d'imprévision donne lieu à la conclusion d'un avenant.

Ce document :

- fait référence au marché ;
- indique le montant de l'indemnité octroyée et, le cas échéant, celui des provisions sur indemnités déjà allouées ;
- reproduit les bases et les modalités du calcul qui a permis de l'établir ;
- précise qu'elle a été accordée en application de la théorie de l'imprévision ;
- contient une clause par laquelle le titulaire renonce, pour ce marché, à toute demande ultérieure fondée sur cette théorie.

Une copie de l'avenant, certifiée conforme à l'original et revêtue d'une mention indiquant, d'une part, que cette pièce formera titre en cas de nantissement et, d'autre part, qu'elle est délivrée en unique exemplaire, est remise au titulaire.

Je vous serais obligé de transmettre la présente circulaire aux services placés sous votre autorité ainsi qu'aux collectivités et établissements placés sous votre tutelle et susceptibles de conclure des marchés soumis au régime du droit public.

Document 2 : Article 18 du code des marchés publics

Article 18 [Forme des prix]

I.- Sous réserve des dispositions de l'article 19, un marché est conclu à prix définitif.

II.- Un prix définitif peut être ferme ou révisable.

III.- Un prix ferme est un prix invariable pendant la durée du marché. Toutefois, il est actualisable dans les conditions définies ci-dessous.

Un marché est conclu à prix ferme dans le cas où cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs les parties au marché du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations.

Lorsqu'un marché est conclu à prix ferme pour des fournitures ou services autres que courants ou pour des travaux, il prévoit les modalités d'actualisation de son prix. Il précise notamment :

1° Que ce prix sera actualisé si un délai supérieur à trois mois s'écoule entre la date à laquelle le candidat a fixé son prix dans l'offre et la date de début d'exécution des prestations ;

2° Que l'actualisation se fera aux conditions économiques correspondant à une date antérieure de trois mois à la date de début d'exécution des prestations.

Lorsqu'un marché est conclu à prix ferme pour des fournitures ou services courants, il peut prévoir que son prix pourra être actualisé selon des règles identiques à celles mentionnées ci-dessus.

Le prix ainsi actualisé reste ferme pendant toute la période d'exécution des prestations et constitue le prix de règlement.

Dans les marchés à tranches conditionnelles régis par l'article 72, le prix de chaque tranche est actualisable dans les conditions déterminées par les troisième à sixième alinéas du présent III. Cette actualisation est opérée aux conditions économiques observées à une date antérieure de trois mois au début d'exécution des prestations de la tranche.

Pour l'application de ces dispositions, sont réputés être des fournitures ou services courants ceux pour lesquels le pouvoir adjudicateur n'impose pas des spécifications techniques propres au marché.

IV.-Un prix révisable est un prix qui peut être modifié pour tenir compte des variations économiques dans les conditions fixées ci-dessous.

Lorsque le prix est révisable, le marché fixe la date d'établissement du prix initial, les modalités de calcul de la révision ainsi que la périodicité de sa mise en oeuvre. Les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées :

1° Soit en fonction d'une référence à partir de laquelle on procède à l'ajustement du prix de la prestation ;

2° Soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation. Dans ce cas, la formule de révision ne prend en compte que les différents éléments du coût de la prestation et peut inclure un terme fixe ;

3° Soit en combinant les modalités mentionnées aux 1° et 2°.

V.-Les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent, pour leur réalisation, le recours à une part importante de fournitures notamment de matières premières dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours

mondiaux, comportent une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours, conformément au IV du présent article.

Document 3 : CE 14 juin 2000, Commune de Staffelfelden, n° 184722 (extrait)

Considérant que, au cas où des circonstances imprévisibles ont eu pour effet de bouleverser le contrat et que les conditions économiques nouvelles ont en outre créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre le concessionnaire, comme d'ailleurs le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que la pollution qui a frappé le site de captage d'eau des sources d'Illzach avait un caractère irrésistible et a constitué, en raison de son ampleur qui en interdit l'exploitation pendant une période qui pourrait atteindre deux siècles, un événement imprévisible au moment où a été conclu le contrat d'approvisionnement en eau de la commune ; que, contrairement à ce que soutient la COMMUNE DE STAFFELFELDEN, l'économie du contrat, qui liait la société Sogest et la société Lyonnaise des eaux à ladite commune, a, à la suite de cet événement, été bouleversée non seulement pendant la période courant du 4 février 1988 au 13 juillet 1989, au cours de laquelle la société Sogest a dû acquérir de l'eau distribuée par la ville de Mulhouse à un prix trois fois supérieur à celui payé par la commune en application des stipulations contractuelles mais également postérieurement à cette date du 13 juillet 1989 à partir de laquelle a été mis en service le captage de la forêt de la Hardt, le prix payé par la société Lyonnaise des eaux, qui s'était substituée à la société Sogest en application des stipulations de l'article 8 du contrat, étant en moyenne supérieur d'environ deux fois à celui payé par la COMMUNE DE STAFFELFELDEN en application des stipulations contractuelles ; que dans ces conditions, et compte tenu du refus de la commune de réviser la tarification de l'eau qui est distribuée sur son

territoire, la poursuite par la société Sogest de l'exécution du contrat se heurtait à un obstacle insurmontable ; que, dès lors, c'est à bon droit que le tribunal administratif de Strasbourg a prononcé à la demande de la société la résiliation dudit contrat ;

Document 4 : CE, 30 juillet 2003, Commune de Lens, n° 223445

Vu la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 24 juillet 2000 et 24 novembre 2000 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la COMMUNE DE LENS ; la COMMUNE DE LENS demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt du 17 mai 2000 par lequel la cour administrative d'appel de Douai a rejeté l'appel qu'elle avait formé contre le jugement du 7 avril 1998 par lequel le tribunal administratif de Lille a annulé les délibérations du 28 mars 1997 du conseil municipal de la COMMUNE DE LENS autorisant le maire à signer un avenant au marché de contrôle technique et un avenant au marché de maîtrise d'œuvre conclus dans le cadre de la rénovation du stade Félix-Bollaert à Lens ;

2°) de condamner l'Etat à lui verser la somme de 23 920 F au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique : (...)

- les conclusions de M. Piveteau, Commissaire du gouvernement ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que par deux marchés conclus au mois d'avril 1995, la COMMUNE DE LENS a confié à M. X..., architecte, et au bureau d'études techniques Veritas, respectivement la maîtrise d'œuvre et le contrôle technique des travaux d'agrandissement et de rénovation du stade Félix-Bollaert ; que par deux délibérations du 28 mars 1997, le conseil municipal de la commune de Lens a autorisé le maire à signer un avenant à chacun de ces marchés, ce qui a eu pour effet de porter le montant du premier de 6 162 925 F HT à 10 010 000 F HT et celui du second de 558 400 F HT à 872 400 F HT ; que, saisi d'un déféré du

préfet du Pas-de-Calais, le tribunal administratif de Lille a, par un jugement du 7 avril 1998, annulé les deux délibérations ; que la cour administrative d'appel de Douai a rejeté l'appel formé par la commune contre ce jugement ; que la commune se pourvoit en cassation contre cet arrêt ;

Considérant qu'aux termes de l'article 255 bis du code des marchés publics dans sa rédaction alors applicable aux marchés des collectivités locales, identique à celle s'appliquant aux marchés de l'Etat en vertu de l'article 45 bis et dont la teneur est d'ailleurs reprise aujourd'hui à l'article 19 du code des marchés publics dans sa rédaction issue du décret du 7 mars 2001 : (...) Sauf en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, avenants et décisions de poursuivre ne peuvent bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet ; que ne peuvent être regardées comme des sujétions techniques imprévues au sens de ces dispositions, 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 ;

Considérant que si, en l'absence de dénaturation, l'appréciation à laquelle se livrent les juges du fond pour estimer que les difficultés invoquées satisfont ou non aux trois critères rappelés ci-dessus, n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de cassation, il appartient à ce dernier de contrôler, sous l'angle de l'erreur de droit, le respect de ces trois critères par les juges du fond ; qu'en l'espèce, la cour administrative de Douai a estimé que les travaux complémentaires faisant l'objet des avenants critiqués ne présentaient pas le caractère de sujétions techniques imprévues sans faire usage des critères, rappelés ci-dessus, caractérisant l'existence ou l'absence d'une telle sujétion ; qu'elle a ainsi commis une erreur de droit ; qu'il suit de là, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de sa requête, que la commune de Lens est fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué ;

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

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier qu'à la suite de la venue à Lens, dès septembre 1995, de membres de la fédération internationale de football et du comité français d'organisation de la coupe du monde, ces autorités sportives ont formulé des exigences particulières relatives à la sécurité et au confort des joueurs, des spectateurs et des journalistes dans l'enceinte du stade Felix-Bollaert, retenu comme l'un des dix sites de cette coupe du monde qui devait se dérouler en France en 1998 ; que, par ailleurs, le conseil régional du Nord/Pas de Calais, qui avait accordé une subvention pour la mise aux normes du même stade, a subordonné, par la suite, le versement de cette subvention à un projet d'études destiné à permettre l'organisation de matchs de rugby en vue de

la candidature de la commune à l'organisation de la coupe du monde de cette discipline en 1999 ;

Considérant que si les exigences décrites ci-dessus nécessitaient, pour être satisfaites, de modifier les marchés de maîtrise d'œuvre et de contrôle technique passés en avril 1995 par la commune de Lens en vue de la rénovation du stade Félix-Bollaert, elles ne peuvent être regardées comme des difficultés techniques rencontrées dans l'exécution des travaux ; qu'à supposer même qu'elles soient regardées comme telles, leur cause, dès lors que le maître de l'ouvrage avait volontairement accepté de reprendre à son compte les exigences formulées par la fédération internationale de football, le comité français d'organisation et le conseil régional du Nord-Pas-de-Calais, n'était pas extérieure aux parties ; qu'elles n'autorisaient dès lors pas la commune à conclure, sans publicité ni mise en concurrence préalable, des avenants bouleversant l'économie des contrats initiaux ;

Considérant que la COMMUNE DE LENS fait néanmoins valoir que les avenants litigieux, à supposer qu'ils soient regardés comme de nouveaux marchés, pouvaient être conclus selon une procédure négociée sans mise en concurrence dès lors qu'ils entraient dans les prévisions du 2° du II de l'article 104 du code des marchés publics applicable à la date de leur passation, ou à tout le moins dans les prévisions du 10° du I de cet article pour l'avenant au marché de contrôle technique et dans celles de l'article 314 bis du même code pour l'avenant au marché de maîtrise d'œuvre ;

Considérant qu'aux termes du II de l'article 104 du code des marchés publics dans sa rédaction alors applicable aux marchés en cause : Il peut être passé des marchés négociés sans mise en concurrence préalable (...) 2°) lorsque les besoins ne peuvent être satisfaits que par une prestation qui, à cause des nécessités techniques, d'investissements préalables importants, d'installations spéciales ou de savoir-faire, ne peut être confiée qu'à un entrepreneur ou un fournisseur déterminé (...) ; que toutefois, la circonstance que M. X... et le bureau Veritas étaient titulaires des marchés conclus en avril 1995 dans le cadre de la rénovation du stade Félix-Bollaert n'est pas suffisante, en l'absence de nécessités techniques ou d'investissements préalables importants de la nature de ceux visés par les dispositions précitées, pour leur conférer la qualité de seuls cocontractants possibles pour les prestations prévues par les avenants litigieux ; que par suite, la COMMUNE DE LENS n'est pas fondée à soutenir que ces avenants, regardés comme de nouveaux marchés, pouvaient être passés sans mise en concurrence préalable ;

Considérant que si la commune fait ensuite valoir

que les avenants auraient pu être conclus pour l'un sous la forme de marché négocié en application du I de l'article 104 et pour l'autre en application des dispositions de l'article 314bis du code, qui aménage un régime particulier pour les marchés de maîtrise d'œuvre, il résulte de ces dispositions, que sous réserve des prévisions du II de l'article 104, dans lesquelles, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, ces marchés n'entrent pas, les marchés qu'elles mentionnent doivent être passés après une procédure de mise en concurrence ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la COMMUNE DE LENS n'est pas fondée à se plaindre que, par son jugement du 7 avril 1998, le tribunal administratif de Lille a annulé les délibérations de son conseil municipal en date du 28 mars 1997 autorisant le maire à signer les avenants litigieux ;

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

Considérant que ces dispositions font obstacle à ce que l'Etat, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, soit condamné à verser à la COMMUNE DE LENS la somme que celle-ci demande au titre des frais exposés par elle et non compris dans les dépens ;

D E C I D E :

Article 1er : L'arrêt du 17 mai 2000 de la cour administrative d'appel de Douai est annulé.

Article 2 : L'appel formé par la commune de Lens contre le jugement du 7 avril 1998 du tribunal administratif de Lille est rejeté.

Article 3 : Le surplus des conclusions de la requête de la COMMUNE DE LENS est rejeté.
(...)

Document 5 : CE, Section des travaux publics, Avis no 371.234, 9 avril 2005

Délégations de service public – Condition de prolongation par avenant, des conventions de remontées mécaniques régies par la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 modifiée relative au développement et à la protection de la montagne –

Régime de dévolution des biens et indemnisation en l'absence de stipulations contractuelles.

Le Conseil d'État (Section des travaux publics), saisi par le ministre de l'Équipement, des Transports, de l'Aménagement du territoire, du Tourisme et de la Mer de questions relatives au régime juridique des conventions d'exploitation des remontées mécaniques et, en particulier, des questions suivantes :

1°) à quelles conditions ces conventions peuvent-elles être prolongées ?

2°) à quelles conditions des avenants à ces conventions peuvent-ils être conclus ?

a) des modifications à l'économie générale des conventions justifiant la prolongation de leur durée sont-elles possibles sans mise en concurrence préalable ?

b) est-il possible d'introduire dans une convention dont la durée n'est pas modifiée une clause de rachat ou d'indemnisation du délégataire pour les biens qui ne seront pas amortis à la fin de la délégation ?

3°) est-il possible, lors de l'attribution du service à un nouveau délégataire, de lui imposer au titre des « droits d'entrée » prévus à l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales les conséquences indemnitaires de la résiliation de la convention précédente ou le rachat des biens nécessaires à l'exploitation du service ?

4°) quel est le régime des biens nécessaires au bon fonctionnement du service, notamment dans le cas où les remontées mécaniques sont exploitées dans des conditions non conformes aux dispositions de la loi du 9 janvier 1985 et où la passation de nouvelles conventions est envisagée ?

a) ces biens font-ils retour à l'autorité organisatrice ?

b) en cas d'éviction de l'ancien exploitant, comment calcule-t-on l'indemnité qui lui est due le cas échéant ?

c) le lancement d'une procédure de renouvellement des conventions est-il subordonné à la condition que l'autorité organisatrice soit devenue propriétaire des biens nécessaires à l'exploitation du service ou que l'exploitant ait consenti à céder ses biens ?

d) en l'absence d'accord, est-il possible de recourir à l'expropriation ?

e) quelles voies de droit peuvent être utilisées pour permettre la réutilisation des biens nécessaires à l'exploitation du service ?

Vu le Code général des collectivités territoriales, notamment ses articles L. 1411-1 à L. 1411-18 ;

Vu le Code du tourisme, notamment ses articles L. 342-1 à L. 342-26 ;

Vu la loi no 82-1153 du 30 décembre 1982 modifiée d'orientation des transports intérieurs ;

Vu la loi no 85-30 du 9 janvier 1985 modifiée relative au développement et à la protection de la montagne ;

Est d'avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations qui suivent :

Le caractère de service public des remontées mécaniques en montagne, affirmé en 1959 par la jurisprudence (CE Section 23 janvier 1959 commune d'Huez, Rec. p. 67) a été consacré par la loi du 9 janvier 1985 dont les dispositions ont été reprises au Code du tourisme. Il résulte des articles L. 342-9 à L. 342-11 de ce code que ce service relève de la compétence des communes et de leurs groupements ou des départements qui l'ont organisé avant le 10 janvier 1985. En application de l'article L. 342-13 du même code, l'exécution de ce service public est assurée soit directement par la personne publique, soit par une entreprise ayant passé à cette fin une convention avec la personne publique. Dans ce cas, si la rémunération du cocontractant est substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation, la convention est une délégation de service public.

Si ces conventions sont soumises à certaines règles particulières posées par les articles L. 342-1 à L. 342-5, L. 342-7 à L. 342-15 et L. 342-17 du Code du tourisme ainsi que, compte tenu du renvoi de l'article L. 342-8 de ce code à la loi no 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, aux dispositions du premier alinéa de l'article 1er, des articles 5 et 6, du paragraphe III de l'article 7, des articles 9, 14, 16 et 17 de cette loi, aucune de ces règles ne déroge à celles que fixe le Code général des collectivités territoriales en matière de publicité et de mise en concurrence pour les délégations de service public. S'appliquent, par conséquent, aux délégations de service public de remontées mécaniques l'ensemble des dispositions des articles L. 1411-1 à L. 1411-18 et R. 1411-1 à D. 1411-6 du Code général des collectivités territoriales.

Sur la première question :

L'article L. 1412-2 du Code général des collectivités territoriales dispose en premier lieu que : « Les conventions de délégation de service public doivent être limitées dans leur durée » et énonce les critères à retenir (nature et coût des investissements à réaliser) pour fixer cette durée. Il résulte du principe de durée limitée des délégations de service public que les clauses de tacite reconduction qui peuvent y figurer sont nulles et privées de tout effet.

Le même article L. 1412-2 fixe ensuite les conditions dans lesquelles la prolongation des délégations, qui demeure une exception, est possible. Elle peut intervenir pour un motif d'intérêt général sans excéder un an. Elle peut également intervenir, afin de permettre la réalisation d'investissements matériels non prévus au contrat initial et qui ne pourraient être amortis pendant le temps restant à la convention sans augmentation de prix manifestement excessive, pour une durée supérieure à un an mais, dans ce cas, trois conditions doivent être remplies :

a) les investissements doivent être demandés par le délégant ;

b) ces investissements doivent être indispensables au bon fonctionnement du service ou à son extension géographique.

Cette condition est interprétée strictement par la jurisprudence. Les investissements non prévus lors de la conclusion du contrat et susceptibles de justifier sa prolongation ne peuvent relever de la simple opportunité. Ils doivent être impliqués nécessairement par un fonctionnement du service public adapté aux besoins des usagers, compte tenu de la durée restant à courir de la convention (CE 29 décembre 2004 no 239681 Société SOCCRAM) ;

c) enfin, il doit s'agir d'investissements de nature à modifier l'économie générale de la délégation. À la différence de la précédente, cette question n'a fait l'objet d'aucune jurisprudence, mais, sous réserve de ce qui viendrait à être jugé, on peut admettre que l'équilibre général d'une délégation est modifié en raison d'investissements nouveaux imposés par le délégant si la prise en charge de ces investissements par le délégataire entraîne, au terme de la délégation, une remise en cause significative du bénéfice global qu'il pouvait normalement en attendre.

Sur la deuxième question :

L'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales, en ce qu'il autorise dans certains cas la prolongation de contrats de délégation de service public, n'a ni pour objet ni pour effet de faire obstacle à l'application des règles générales qui régissent les avenants.

a) Un avenant, dont celui qui prolongerait une convention de délégation de service public, ne peut pas modifier l'objet de la délégation. Il n'est donc pas possible de recourir à un avenant pour mettre à la charge du délégataire la réalisation d'investissements conduisant à la réalisation d'un ouvrage dissociable des ouvrages déjà construits, en raison de sa dimension, de son coût et de son autonomie fonctionnelle (cf. Avis CE no 362 908 du 16 septembre 1999 relatif au procédé de « l'adossement »). Ainsi, si le contrat initial portait exclusivement sur des installations de remontées mécaniques, un avenant ne peut pas mettre à la charge du délégataire des investissements différents, tels ceux qui permettent d'assurer l'enneigement des pistes, et d'un coût substantiel.

b) Un avenant ne peut pas modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation, tels que sa durée ou le volume des investissements mis à la charge du délégataire (cf. Avis Section des finances du Conseil d'État no 364 803 du 8 juin 2000).

c) Enfin, un avenant ne peut avoir pour objet la réalisation d'investissements qui sont normalement à la charge du délégataire, tels les investissements de renouvellement des installations. En effet, le délégataire doit assurer l'entretien des installations et remettre au terme du contrat des équipements en bon état de fonctionnement (cf. CE 20 mars 1942 Dame veuve Bastit, Rec. p. 92 ou 12 mai 1942 Commune de Luc-en-Diois Rec. p. 148).

S'il n'est pas envisagé de modifier la durée de la délégation, les charges induites par de nouveaux investissements, susceptibles de modifier l'économie générale de la délégation sans en modifier l'objet ni affecter substantiellement un de ses éléments essentiels, peuvent être compensées par une subvention d'exploitation ou par le versement d'une indemnité au délégataire au terme de la délégation. Dans ce cas, et sauf faute de l'autorité délégante ou stipulation contraire de la convention, l'indemnisation du délégataire par le délégant en fin de délégation ne peut couvrir que le coût des investissements non amortis évalués à leur valeur nette comptable, sous réserve qu'il ne soit pas supérieur à leur valeur réelle.

Sur la troisième question :

L'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales permet à la personne publique délégante qui entend conclure une nouvelle délégation de service public de demander au nouveau délégataire le versement de « droits d'entrée ». Ces droits d'entrée, que la convention doit justifier, doivent être conformes à l'objet de la délégation. Bien qu'aucune décision juridictionnelle n'ait tranché ce point, on peut admettre qu'ils ne pourraient inclure ceux des frais d'une résiliation qui seraient la conséquence d'une faute de la collectivité à l'égard du précédent délégataire, frais par nature étrangers à l'objet de la délégation. Mais ils pourraient comprendre une somme correspondant à l'indemnité versée au délégataire sortant au titre des investissements non amortis qu'il a réalisés. Enfin, si les biens nécessaires à l'exécution du service appartiennent en principe à l'autorité délégante et ne peuvent faire l'objet d'un « rachat », il ne paraît pas impossible que les « droits d'entrée » comprennent le coût de biens utiles à la délégation (biens de reprise) que le délégataire sortant aurait cédés à la collectivité.

Sur la quatrième question :

La question du sort des biens nécessaires au bon fonctionnement du service conduit à distinguer deux cas :

a) Le premier concerne l'hypothèse dans laquelle le service public des remontées mécaniques a été confié par convention à un délégataire de service public.

L'ensemble des biens nécessaires au fonctionnement du service, installés soit sur des propriétés publiques, soit sur des propriétés privées grâce à la servitude prévue aux articles L. 342-20 et suivants du Code du tourisme,

appartiennent dès l'origine à la personne publique et lui font nécessairement retour gratuitement à l'expiration de la convention. Les conventions ne pourraient d'ailleurs légalement prévoir une propriété privée de ces installations pendant la durée de l'exploitation, sous réserve de la mise en œuvre de baux emphytéotiques en application de l'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 ou de la procédure de crédit-bail en application de l'article 87-II de la loi de finances no 86-1137 du 30 décembre 1986.

Si la convention n'est pas arrivée à son terme, la collectivité délégante peut obtenir un retour anticipé des biens en prononçant la résiliation de la délégation mais à des conditions qui varient selon la nature de la délégation.

Si la délégation est une concession de service public, la résiliation ne peut intervenir, sauf stipulation contractuelle contraire, que par décision du juge pour faute du concessionnaire d'une particulière gravité, pour motif d'intérêt général ou en raison d'un événement de force majeure rendant impossible la poursuite du contrat. Hormis ces hypothèses, et en l'absence d'une clause de rachat de la concession ou d'une clause autorisant une résiliation unilatérale, le délégant ne peut obtenir une fin anticipée de la concession. Le concédant ne pourra pas mettre en œuvre une procédure d'expropriation à l'encontre d'un droit d'exploitation de ses propres biens. Le contrat de concession ne pourra que se poursuivre, à moins d'un accord conclu avec le concessionnaire. Dans le cas où la résiliation anticipée de la concession est possible, le concessionnaire n'a droit à être indemnisé qu'au titre de ses investissements non amortis, évalués à leur valeur nette comptable sous la réserve déjà indiquée. Il a droit également, dès lors que le préjudice est établi avec certitude, à une indemnisation totale de son manque à gagner en cas de résiliation pour motif d'intérêt général, et sous déduction d'une réduction de principe lorsque la résiliation résulte de circonstances imprévisibles et irrésistibles qui bouleversent l'économie du contrat (CE 14 juin 2000 commune de Staffefelden Rec. p. 227).

La rupture anticipée d'une délégation autre qu'une concession, même en l'absence de faute du délégataire, motif d'intérêt général ou événement de force majeure, est toujours possible mais donne lieu à une indemnisation de l'entier préjudice du cocontractant de la collectivité.

Le lancement d'une nouvelle procédure de délégation de service public peut intervenir compte tenu du terme prévu de la délégation ou de la date envisagée de la résiliation lorsque celle-ci est possible. Dans le cas où, à l'expiration du terme de

la convention ou après sa résiliation, l'ancien délégataire continuerait à occuper sans titre les installations voire à les exploiter, la personne publique devrait alors saisir le juge des référés. Sur le fondement de l'article L. 521-3 du Code de justice administrative, le juge des référés pourra ordonner sous astreinte à la personne privée, si l'urgence le justifie, d'évacuer les installations qu'elle exploite ou occupe sans titre.

b) Dans le cas où l'exploitant n'a pas conclu de convention l'autorisant à exploiter les installations de remontées mécaniques, comme l'exigent les dispositions aujourd'hui codifiées à l'article L. 342-13 du Code du tourisme, la personne publique responsable de l'organisation du service doit reprendre possession de ses installations. Elle ne pourrait, sans engager sa responsabilité, laisser se poursuivre une exploitation hors la passation d'un contrat selon la procédure légale de publicité et de mise en concurrence, conformément aux dispositions combinées des articles L. 342-13 du Code du tourisme et L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales. Le gestionnaire de fait aurait droit uniquement à être indemnisé au titre des investissements non amortis. Il ne pourrait prétendre à une autre indemnité que s'il pouvait se prévaloir d'une faute de la personne publique distincte de celle qui a consisté à laisser se poursuivre la délégation, compte tenu de sa propre faute d'avoir accepté de prendre en charge illégalement l'exploitation de remontées mécaniques, hors la procédure légale de publicité et de mise en concurrence. Reste l'hypothèse d'un équipement installé sur une propriété privée. Il peut s'agir d'un équipement autrefois autorisé mais n'ayant jamais fait l'objet d'une convention de délégation de service public ou dont la convention est venue à expiration. S'agissant d'un équipement privé installé sur une propriété privée, la personne publique responsable du service public des remontées mécaniques ne peut en prendre possession, hors accord amiable, qu'en mettant en œuvre la procédure de l'expropriation. L'exploitant privé ne dispose d'ailleurs d'aucun droit à faire fonctionner une installation de remontées mécaniques sur ses propres terrains en l'absence de toute convention, dès lors que ce service relève de la seule compétence légale des communes, de leurs groupements ou des départements en application des articles L. 342-9 et suivants du Code du tourisme.

Le Conseil d'État observe, pour finir, que la loi du 9 janvier 1985 a organisé, à l'article 47, un régime transitoire pour la régularisation des systèmes mis en place antérieurement par les collectivités territoriales pour l'exécution du service des remontées. Dans un délai de 4 ans à compter de la publication de la loi, toutes les remontées mécaniques qui n'étaient pas exploitées en régie devaient faire l'objet d'une convention conforme aux dispositions de la loi. Ce délai n'ayant pas pu être respecté partout, la loi du 30 décembre 1988 a prolongé de 10 ans la période transitoire. Mais celle-ci est définitivement expirée depuis le 10 janvier 1999. C'est

donc à juste titre que les dispositions de la loi de 1985 modifiée en 1988 relatives au régime transitoire n'ont pas été reprises dans le Code du tourisme. Les conventions qui n'ont pas à ce jour été mises en conformité ou les autorisations d'exploiter qui peuvent encore subsister doivent être regardées comme caduques et la liquidation des situations qui en résultent doit se faire à l'amiable ou par voie judiciaire en appliquant les règles ci-dessus définies et en appréciant la responsabilité respective de la collectivité et de l'exploitant dans le maintien d'une situation contraire à la loi.

Document 6 : CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, aff. C-454/06 (extraits).

Sur les questions préjudicielles

28 Il y a lieu de relever, à titre liminaire, que, même si le marché en cause au principal a été conclu avant que la République d'Autriche n'adhère à l'Union européenne, les règles communautaires en la matière s'appliquent à un tel marché à partir de la date d'adhésion de cet État (voir, en ce sens, arrêt du 24 septembre 1998, *Tögel*, C-76/97, Rec. p. I-5357, point 14).

29 Par ses trois premières questions, le Bundesvergabeamt cherche, en substance, à savoir dans quelles conditions des modifications apportées à un contrat existant entre un pouvoir adjudicateur et un prestataire de services peuvent être considérées comme constituant une nouvelle passation de marché public de services au sens de la directive 92/50.

30 La directive 92/50 ne contient pas de réponse explicite à ces questions mais comporte plusieurs indications pertinentes qu'il convient de situer dans le cadre général des règles communautaires en matière de marchés publics.

31 Il ressort de la jurisprudence que l'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics est d'assurer la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres (voir arrêt du 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Lochau*, C-26/03, Rec. p. I-1, point 44). Ce double objectif est explicitement affirmé aux deuxième, sixième et vingtième considérants de la directive 92/50.

32 Pour la poursuite de ce double objectif, le droit communautaire applique notamment le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et l'obligation de transparence qui en découle (voir, en ce sens, arrêts du 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia et 3-S*, C-275/98, Rec. p. I-8291, point 31; du 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-10745, points 60 et 61, ainsi que du 29 avril 2004,

Commission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Rec. p. I-3801, points 108 et 109).

33 En ce qui concerne les marchés visés par la directive 92/50 qui ont pour objet, exclusivement ou majoritairement, des services figurant à l'annexe I A de celle-ci, cette directive met en œuvre ces principes et cette obligation de transparence en imposant, notamment, certaines procédures de passation. S'agissant des marchés visés par cette directive qui ont pour objet, exclusivement ou majoritairement, des services figurant à l'annexe I B de celle-ci, cette directive n'impose pas les mêmes règles quant aux procédures de passation, mais cette catégorie de marchés publics de services reste néanmoins soumise aux règles fondamentales du droit communautaire et à l'obligation de transparence qui en découle (voir, en ce sens, arrêt du 13 novembre 2007, *Commission/Irlande*, C-507/03, non encore publié au Recueil, points 26, 30 et 31).

34 En vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires, des modifications apportées aux dispositions d'un marché public pendant la durée de sa validité constituent une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50 lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché (voir, en ce sens, arrêt du 5 octobre 2000, *Commission/France*, C-337/98, Rec. p. I-8377, points 44 et 46).

35 La modification d'un marché public en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue.

36 De même, une modification du marché initial peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus. Cette dernière interprétation est confirmée à l'article 11, paragraphe 3, sous e) et f), de la directive 92/50, lequel impose, pour les marchés publics de services ayant pour objet, exclusivement ou majoritairement, des services figurant à l'annexe I A de cette directive, des restrictions quant à la mesure dans laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir à la procédure négociée pour attribuer des services en supplément de ceux faisant l'objet d'un marché initial.

37 Une modification peut également être considérée comme substantielle lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial.

38 C'est à la lumière des considérations qui précèdent qu'il convient de répondre aux questions soumises à la Cour.

Sur la première question

39 Par sa première question, la juridiction de renvoi vise le transfert à APA-OTS au cours de l'année 2000 des

services OTS fournis jusqu'alors par APA. Elle demande en substance si un changement de cocontractant, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, constitue une nouvelle passation de marché au sens des articles 3, paragraphe 1, 8 et 9 de la directive 92/50.

40 En général, la substitution d'un nouveau cocontractant à celui auquel le pouvoir adjudicateur avait initialement attribué le marché doit être considérée comme constituant un changement de l'un des termes essentiels du marché public concerné, à moins que cette substitution ait été prévue dans les termes du marché initial, par exemple au titre de la sous-traitance.

41 Selon la décision de renvoi, étant constituée sous la forme d'une société à responsabilité limitée, APA-OTS possède une personnalité juridique distincte d'APA, adjudicataire du marché initial.

42 Il est également constant que, depuis le transfert des services OTS d'APA à APA-OTS au cours de l'année 2000, le pouvoir adjudicateur effectue les paiements relatifs à ce service directement à APA-OTS et non plus à APA.

43 Toutefois, le transfert de l'activité en question présente certaines caractéristiques particulières qui permettent de conclure que de telles modifications, introduites dans une situation telle que celle au principal, ne constituent pas le changement d'un terme essentiel du marché.

44 En effet, il ressort du dossier qu'APA-OTS est une filiale détenue à 100 % par APA, que cette dernière dispose d'un pouvoir de direction sur APA-OTS et qu'il existe entre ces deux entités un contrat de transfert des pertes et des bénéfices, assumés par APA. En outre, il ressort du dossier qu'une personne habilitée à représenter APA a assuré le pouvoir adjudicateur que, à la suite du transfert des services OTS, APA était responsable solidairement avec APA-OTS et que la prestation globale existante resterait inchangée.

45 Un tel arrangement représente, en substance, une réorganisation interne du cocontractant, laquelle ne modifie pas de manière essentielle les termes du marché initial.

46 La juridiction de renvoi s'interroge, dans ce contexte, sur le point de savoir si la circonstance que le pouvoir adjudicateur n'a pas l'assurance que les parts sociales d'APA-OTS ne seront pas cédées à des tiers pendant la durée totale du marché a des conséquences juridiques.

47 Si les parts sociales d'APA-OTS étaient cédées à un tiers pendant la durée du marché en cause au principal, il s'agirait non plus d'une réorganisation interne du cocontractant initial, mais d'un changement effectif de cocontractant, ce qui constituerait en principe le changement d'un terme essentiel du marché. Un tel événement serait susceptible de constituer une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50.

48 Un raisonnement analogue s'appliquerait si la cession des parts sociales de la filiale à un tiers était déjà prévue au moment du transfert des activités en cause à celle-ci (voir, en ce sens, arrêt du 10 novembre 2005, Commission/Autriche, C-29/04, Rec. p. I-9705, points 38 à 42).

49 Toutefois, tant qu'une telle évolution n'a pas eu lieu, l'analyse figurant au point 45 du présent arrêt, selon laquelle la situation envisagée constitue une réorganisation interne du cocontractant, demeure valable. L'absence de garantie que les parts sociales de la filiale ne seront pas cédées à des tiers pendant la durée du marché n'affecte pas cette conclusion.

50 La juridiction de renvoi s'interroge également sur les conséquences juridiques qui s'attachent à l'absence de garantie, pour le pouvoir adjudicateur, que la composition des associés du prestataire initial ne sera pas modifiée pendant la totalité de la durée du contrat.

51 Les marchés publics sont régulièrement attribués à des personnes morales. Si une personne morale est constituée sous la forme d'une société anonyme cotée en Bourse, il résulte de sa nature même que son actionnariat est susceptible de changer à tout moment. En principe, une telle situation ne met pas en cause la validité de l'attribution d'un marché public à une telle société. Il pourrait en être autrement dans des cas exceptionnels, telles des manœuvres destinées à contourner les règles communautaires en matière de marchés publics.

52 Des considérations analogues s'appliquent dans le cadre de marchés publics attribués à des personnes morales constituées, comme dans l'affaire au principal, sous la forme non pas d'une société anonyme, mais d'une coopérative enregistrée à responsabilité limitée. D'éventuels changements dans la composition du cercle des associés d'une telle coopérative n'entraînent pas en principe une modification substantielle du marché attribué à celle-ci.

53 Dès lors, ces considérations ne modifient pas non plus la conclusion figurant au point 45 du présent arrêt.

54 Il s'ensuit qu'il convient de répondre à la première question que le terme «passer», employé aux articles 3, paragraphe 1, 8 et 9 de la directive 92/50, doit être interprété comme ne couvrant pas une situation, telle que celle au principal, dans laquelle des services fournis au pouvoir adjudicateur par le prestataire initial sont transférés à un autre prestataire constitué sous la forme d'une société de capitaux, dont le prestataire initial est l'actionnaire unique, contrôlant le nouveau prestataire et lui donnant des instructions, pour autant que le prestataire initial continue à assumer la responsabilité du respect des obligations contractuelles.

Sur la deuxième question

55 Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi vise les modifications apportées au contrat de base par le premier avenant, conclu au cours de l'année 2001 et ayant pris effet le 1^{er} janvier 2002. Elle demande en substance si certaines modifications des prix constituent une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50.

56 Cette question préjudicielle porte, premièrement, sur la conversion des prix en euros sans modification de

leur montant intrinsèque, deuxièmement, sur la conversion des prix en euros accompagnée d'une réduction de leur montant intrinsèque et, troisièmement, sur la reformulation d'une clause d'indexation des prix.

57 Il convient de répondre que, dans le cas où, à la suite du passage à l'euro, un marché existant est modifié en ce sens que les prix initialement exprimés en monnaie nationale sont convertis en euros, il s'agit non pas d'une modification substantielle du marché, mais uniquement d'une adaptation de celui-ci à des circonstances extérieures modifiées, pour autant que les montants en euros sont arrondis conformément aux dispositions en vigueur, et notamment à celles du règlement (CE) n° 1103/97 du Conseil, du 17 juin 1997, fixant certaines dispositions relatives à l'introduction de l'euro (JO L 162, p. 1).

58 Lorsque l'arrondissement des prix convertis en euros dépasse le montant autorisé par les dispositions pertinentes, il s'agit d'une modification du montant intrinsèque des prix prévus par le marché initial. La question se pose alors de savoir si une telle modification des prix constitue une nouvelle passation de marché.

59 Il est évident que le prix constitue une condition importante d'un marché public (voir, en ce sens, arrêt Commission/CAS Succhi di Frutta, précité, point 117).

60 Modifier une telle condition pendant la période de validité du marché, en l'absence d'habilitation expresse en ce sens figurant dans les termes du marché initial, risquerait d'entraîner une violation des principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires (voir, en ce sens, arrêt Commission/CAS Succhi di Frutta, précité, point 121).

61 Néanmoins, la conversion en euros des prix d'un marché en cours de validité peut être accompagnée d'un ajustement de leur montant intrinsèque sans qu'il en résulte une nouvelle passation de marché, à condition qu'un tel ajustement soit minime et s'explique d'une manière objective, ce qui est le cas s'il tend à faciliter l'exécution du marché, par exemple en simplifiant les opérations de facturation.

62 Dans l'affaire au principal, d'une part, la redevance annuelle pour l'utilisation des articles rédactionnels et des archives médias n'a été réduite que de 0,3 %, afin qu'elle corresponde à un chiffre rond pouvant faciliter les calculs. D'autre part, les prix à la ligne pour l'insertion de communiqués de presse dans le service OTS ont été réduits, respectivement, de 2,94 % et de 1,47 % pour les années 2002 et 2003, afin qu'ils soient exprimés en chiffres ronds susceptibles, également, de faciliter les calculs. Outre qu'ils portent sur un montant réduit, ces ajustements de prix interviennent non pas au profit mais au détriment de l'adjudicataire du marché, celui-ci consentant une réduction des prix

qui seraient résultés des règles de conversion et d'indexation normalement applicables.

63 Dans de telles conditions, il est permis d'estimer qu'un ajustement des prix d'un marché public en cours de validité ne constitue pas une modification des conditions essentielles de ce marché de nature à constituer une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50.

64 Concernant la reformulation de la clause d'indexation, il convient de relever que le contrat de base prévoyait, à son article 5, paragraphe 3, notamment, que, «[p]our le calcul de l'indexation, il [convenait] de partir de l'indice des prix à la consommation 86 (VPI 86) publié par l'Office central des statistiques autrichien (ÖSTAT) ou de l'indice suivant qui le remplace».

65 Il en ressort que le contrat de base avait prévu le remplacement de l'indice des prix qu'il mentionnait par un indice ultérieur.

66 Le premier avenant a remplacé l'indice des prix mentionné dans le contrat de base, à savoir l'indice des prix à la consommation de 1986 (VPI 86) publié par l'ÖSTAT, par un indice plus récent, à savoir l'indice des prix à la consommation de 1996 (VPI 96), publié par ce même organisme.

67 Ainsi qu'il a été exposé au point 19 du présent arrêt, cet avenant a pris comme point de référence l'indice calculé pour l'année 2001, année de la conclusion de celui-ci, au lieu de celui de l'année 1994, année de la conclusion du contrat de base. Cette mise à jour du point de référence est cohérente avec la mise à jour de l'indice des prix.

68 Il en résulte que le premier avenant s'est limité à faire application des stipulations du contrat de base en ce qui concerne la tenue à jour de la clause d'indexation.

69 Dans de telles conditions, il convient de considérer que la référence à un nouvel indice de prix ne constitue pas une modification des conditions essentielles du marché initial de nature à constituer une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50.

70 Il en découle qu'il convient de répondre à la deuxième question que le terme «passer», employé aux articles 3, paragraphe 1, 8 et 9 de la directive 92/50, doit être interprété comme ne couvrant pas une adaptation du contrat initial à des circonstances extérieures modifiées, telles que la conversion en euros des prix initialement exprimés en monnaie nationale, la réduction minime de ces prix en vue de les arrondir et la référence à un nouvel indice de prix dont la substitution à l'indice fixé précédemment était prévue dans le contrat initial.

Sur la troisième question

71 Par sa troisième question, la juridiction de renvoi vise les modifications apportées au contrat de base par le second avenant, conclu au cours du mois d'octobre 2005 et ayant pris effet le 1^{er} janvier 2006.

72 Cette juridiction demande en substance si une nouvelle passation de marché résulte, d'une part, de la conclusion d'une nouvelle clause de renonciation à la résiliation du marché et, d'autre part, d'une augmentation des rabais consentis sur les prix de certaines prestations faisant l'objet du marché.

73 Concernant, tout d'abord, la conclusion d'une nouvelle clause de non-résiliation pendant la période de validité d'un marché conclu pour une durée indéterminée, il y a lieu de rappeler que la pratique consistant à conclure un marché public de services pour une durée indéterminée est en soi étrangère au système et à la finalité des règles communautaires en matière de marchés publics. Une telle pratique peut avoir pour effet, à terme, d'entraver la concurrence entre les prestataires de services potentiels et d'empêcher l'application des dispositions des directives communautaires en matière de publicité des procédures de passation des marchés publics.

74 Néanmoins, le droit communautaire, dans son état actuel, n'interdit pas la conclusion de marchés publics de services à durée indéterminée.

75 De même, une clause par laquelle les parties s'engagent à ne pas résilier pendant une certaine période un marché conclu pour une durée indéterminée n'est pas d'emblée considérée comme illicite au regard du droit communautaire des marchés publics.

76 Ainsi qu'il ressort du point 34 du présent arrêt, pour déterminer si la conclusion d'une telle clause constitue une nouvelle passation de marché, le critère pertinent est de savoir si cette clause doit être considérée comme une modification substantielle du contrat initial (voir, en ce sens, arrêt Commission/France, précité, points 44 et 46).

77 La clause dont il est question dans l'affaire au principal formalise la renonciation à toute résiliation pendant la période correspondant aux années 2005 à 2008.

78 Cependant, il convient de relever que, après l'expiration, le 31 décembre 1999, de la clause de non-résiliation contenue dans le contrat de base, le marché en cause au principal aurait pu être résilié à tout moment sous réserve d'un préavis. Il est toutefois resté en vigueur pendant la période correspondant aux années 2000 à 2005 incluse, en raison du fait que ni le pouvoir adjudicateur ni le prestataire n'ont exercé leur droit à résiliation du contrat.

79 Il ne ressort pas du dossier que, pendant la période allant de l'année 2005 à l'année 2008, couverte par la clause de non-résiliation, le pouvoir adjudicateur aurait eu, en l'absence de cette clause, une perspective concrète de mettre fin au contrat en cours et de procéder à une nouvelle mise en concurrence. À supposer même qu'il ait entendu le faire, la durée sur laquelle portait cette clause, à savoir trois ans, n'était pas telle qu'elle l'en aurait empêché pendant une durée excessive par rapport au temps nécessaire à l'organisation d'une telle opération. Dans ces conditions, il n'est pas démontré qu'une telle clause de non-résiliation, pourvu qu'elle ne soit pas systématiquement réinsérée dans le contrat, comporte le risque de fausser la concurrence, au détriment de nouveaux

soumissionnaires potentiels. Par conséquent, elle ne peut être qualifiée de modification substantielle du contrat initial.

80 Il en découle que, dans des conditions telles que celles au principal, le fait de prévoir une clause de renonciation à résiliation durant une période de trois ans pendant la période de validité d'un marché de services conclu pour une durée indéterminée ne constitue pas une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50.

81 S'agissant, en deuxième lieu, de l'augmentation du rabais prévue par le second avenant, il convient de rappeler que le contrat de base prévoyait, pour les services concernés, «un prix correspondant au prix échelonné de consommation le plus bas du tarif officiel [...] moins 15 %».

82 Selon les explications fournies à la Cour, cette mention vise le tarif dégressif pratiqué par APA, en application duquel les prix des services en cause sont réduits lorsque la consommation de ces services par le partenaire contractuel d'APA augmente.

83 Toujours selon certaines de ces explications, l'augmentation du taux de rabais de 15 % à 25 %, prévue par le second avenant, équivaut à l'application d'un prix moins élevé. Même si leur présentation formelle est différente, la réduction d'un prix et l'augmentation d'un taux de rabais auraient un effet économique comparable.

84 Dans ces conditions, l'augmentation du rabais peut être interprétée comme relevant des clauses établies dans le contrat de base.

85 Par ailleurs, d'une part, l'augmentation du rabais, ayant pour effet de réduire la rémunération perçue par l'adjudicataire par rapport à celle initialement prévue, ne modifie pas l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire.

86 D'autre part, le simple fait que le pouvoir adjudicateur obtienne un rabais plus important sur une partie des prestations faisant l'objet du marché n'est pas susceptible d'entraîner une distorsion de concurrence au détriment de soumissionnaires potentiels.

87 Il résulte de ce qui précède que, dans une situation telle que celle au principal, le fait de fixer, dans un avenant, des rabais plus importants que ceux initialement prévus sur certains prix déterminés en fonction des quantités dans un domaine particulier ne doit pas être considéré comme une modification substantielle du contrat et, partant, n'est pas de nature à impliquer une nouvelle passation de marché au sens de la directive 92/50.

88 Par conséquent il convient de répondre à la troisième question que le terme «passer», employé aux articles 3, paragraphe 1, 8 et 9 de la directive 92/50, doit être interprété comme ne couvrant pas une situation, telle que celle au principal, dans laquelle un pouvoir adjudicateur, au moyen d'un avenant, convient avec l'adjudicataire, pendant la période de validité d'un marché de services conclu avec lui pour une durée indéterminée, de reconduire pour une durée de trois ans une clause de renonciation à résiliation devenue caduque à la date à laquelle la nouvelle clause a été convenue et

convient avec lui de fixer des rabais plus importants que ceux initialement prévus sur certains prix déterminés en fonction des quantités dans un domaine particulier.

89 Compte tenu des réponses apportées aux première à troisième questions, il n'y a pas lieu de répondre aux quatrième à septième questions.

Sur les dépens

90 La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Document 8 : CE, 8 avril 2009, Association Alcaly et autres, n° 290604

Vu 1°), sous le n° 290604, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 23 février et 9 mai 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés par l'ASSOCIATION ALCALY (alternatives au contournement autoroutier de Lyon), ayant son siège à la mairie de Saint Laurent d'Agny (69440), représentée par son président, ainsi que par M. Alain A, demeurant ... ; l'ASSOCIATION ALCALY et M. A demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler les clauses à caractère réglementaire de l'avenant n° 11 à la convention passée entre l'Etat et la société Autoroutes du Sud de la France (ASF) pour la concession, la construction, l'entretien et l'exploitation d'autoroutes approuvé par le décret du 7 février 1992 modifié et au cahier des charges annexé à la convention ;

2°) d'enjoindre au ministre de résilier l'avenant n° 11 ou de saisir le juge du contrat afin de faire constater la nullité de cet avenant ;

Vu 2°), sous le n° 290605, la requête sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 23 février et 9 mai 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés par l'ASSOCIATION ALCALY (alternatives au contournement autoroutier de Lyon), ayant son siège à la mairie de Saint Laurent d'Agny (69440), représentée par son président, ainsi que par M. Alain A, demeurant ... ; l'ASSOCIATION ALCALY et M. A demandent au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler la décision du ministre des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer de signer l'avenant du 31 janvier 2006 à la convention passée entre l'Etat et la société Autoroutes du Sud de la France (ASF) pour la concession, la construction,

l'entretien et l'exploitation d'autoroutes approuvé par le décret du 7 février 1992 modifié et au cahier des charges annexé à la convention ;

2°) d'enjoindre au ministre de résilier l'avenant n° 11 à cette convention ou de saisir le juge du contrat afin de faire constater la nullité de cet avenant ;

Vu 3°), sous le n° 291809, la requête, enregistrée le 30 mars 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par M. Jean-Pierre B, demeurant ... et M. Etienne C, demeurant ... ; M. B et M. C demandent au Conseil d'Etat d'annuler la décision du 31 janvier 2006 du ministre des transports, de l'équipement du tourisme et de la mer de signer l'avenant n° 11 à la convention passée entre l'Etat et la société des Autoroutes du sud de la France (ASF) pour la concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'autoroutes approuvée par le décret du 7 février 1992 modifié, et au cahier des charges annexé à cette convention, ainsi que l'acte d'approbation par le même ministre de cet avenant ;

Vu 4°), sous le n° 291810, la requête, enregistrée le 30 mars 2006 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentée par l'ASSOCIATION SAUVEGARDE DES COTEAUX DU LYONNAIS, dont le siège est Espace Joël Chotard, 11, avenue Emile Evellier à Grézieu-la Varenne (69290), représentée par MM. Noël D et Maurice E, ses co-présidents ; l'ASSOCIATION SAUVEGARDE DES COTEAUX DU LYONNAIS demande au Conseil d'Etat d'annuler la décision du 31 janvier 2006 du ministre des transports, de l'équipement du tourisme et de la mer de signer l'avenant n° 11 à la convention passée entre l'Etat et la société Autoroute du sud de la France (ASF) pour la concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'autoroutes approuvée par le décret du 7 février 1992 modifié, et au cahier des charges annexé à cette convention ;

Vu les autres pièces des dossiers ;

Vu la note en délibéré, enregistrée le 27 mars 2009, présentée par l'ASSOCIATION ALCALY et M. A ;

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Vu la directive n° 89/440/CEE du 18 juillet 1989 ;

Vu la directive n° 93/38/CEE du 14 juin 1993 ;

Vu la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 ;

Vu la loi n° 2006-241 du 1er mars 2006 ;

Vu le décret n° 92-311 du 31 mars 1992 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique : (...)

- les conclusions de M. Nicolas Boulouis, rapporteur public,

Considérant que les requêtes susvisées présentent à juger les mêmes questions ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Considérant que le ministre des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer a conclu le 31 janvier 2006 avec la société Autoroutes du Sud de la France (ASF), sans publicité ni mise en concurrence préalable, un onzième avenant au contrat de concession en date du 10 janvier 1992 passé entre l'Etat et cette société, et au cahier des charges annexé, afin de lui confier la réalisation et l'exploitation du tronçon de l'autoroute A89 entre Balbigny et la Tour de Salvigny ;

Considérant que les associations SAUVEGARDE DES COTEAUX DU LYONNAIS et ALCALY (Alternatives au contournement autoroutier de Lyon), ainsi que MM. A, B et C demandent l'annulation de la décision du ministre des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer de signer l'avenant du 31 janvier 2006 ; que les conclusions de MM. B et C tendant à l'annulation de l'acte d'approbation en date du 31 janvier 2006 doivent être regardées comme tendant également à l'annulation de la décision de signer l'avenant ; que l'ASSOCIATION ALCALY et M. A demandent en outre l'annulation des clauses réglementaires de l'avenant, notamment de l'article 1er de celui-ci en tant qu'il intègre dans l'objet de la concession le tronçon de l'autoroute A89 entre Balbigny et la Tour de Salvigny, ainsi que des modifications apportées par l'avenant à l'article 1er du cahier des charges annexé à la convention, qui a le même objet, à son article 3, qui définit les caractéristiques générales des ouvrages, enfin à son article 25 qui précise les nouveaux tarifs de péage consécutifs à l'intégration du tronçon de l'autoroute A89 entre Balbigny et la Tour de Salvigny ;

Sur les conclusions tendant à ce que soit prononcé un désistement d'office :

Considérant que l'ASSOCIATION ALCALY et M. A ont produit le mémoire ampliatif annoncé le 9 mai 2006, soit avant l'expiration du délai de quatre mois à compter de l'enregistrement de leur requête prévu par les dispositions de l'article R. 611-22 du code de justice administrative dans leur rédaction alors applicable ; qu'ainsi les conclusions tendant à ce que soit prononcé un désistement d'office doivent être rejetées ;

Sur les conclusions tendant à ce que, compte tenu de la loi du 1er mars 2006, soit prononcé un non lieu à statuer sur les requêtes ou à ce que celles-ci soient rejetées comme irrecevables :

En ce qui concerne les moyens relatifs à l'application de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales :

Considérant que le I de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales stipule que : Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera (...) des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...) ; que l'Etat ne peut, sans méconnaître ces stipulations, porter atteinte au droit de toute personne à un procès équitable en prenant, au cours d'un procès, des mesures législatives à portée rétroactive qui ont pour effet de faire obstacle à ce que la décision faisant l'objet d'un procès puisse être utilement contestée, sauf lorsque l'intervention de ces mesures est justifiée par d'impérieux motifs d'intérêt général ;

Considérant que les présentes requêtes, dirigées contre la décision de signer un avenant et les clauses réglementaires de cet avenant, lequel a notamment pour objet de permettre le relèvement des tarifs de péage sur l'ensemble du réseau des autoroutes du sud de la France, sont relatives à une contestation portant sur des droits et obligations de caractère civil au sens des stipulations précitées ;

Considérant qu'aux termes de la loi susvisée du 1er mars 2006 : Sont approuvés l'avenant du 31 janvier 2006 à la convention du 10 janvier 1992 passée entre l'Etat et la société des autoroutes du sud de la France, concernant la section de l'autoroute A89 Balbigny-La Tour-de-Salvagny, ainsi que les modifications apportées par cet avenant au cahier des charges annexé à cette convention. ; que cette loi a procédé à l'approbation de l'avenant litigieux, alors que l'article L. 122-4 du code de la voirie routière prévoit que la convention de concession et le cahier des charges d'une autoroute sont approuvés par décret en Conseil d'Etat ; qu'eu égard à l'objectif recherché par le législateur, visant, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires, à prémunir la réalisation du projet autoroutier en cause contre d'éventuels recours en annulation, la loi du 1er mars 2006 doit être regardée comme ayant modifié rétroactivement l'ensemble des règles applicables à la passation de l'avenant, faisant ainsi obstacle à ce que la légalité de la décision de signer l'avenant et de ses clauses réglementaires puisse être utilement contestée devant le juge administratif ;

Considérant que, compte tenu de la date d'introduction de leurs requêtes, l'ASSOCIATION ALCALY et M. A peuvent utilement se prévaloir de l'incompatibilité de la

loi du 1er mars 2006 avec les stipulations du paragraphe I de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; qu'en revanche, les autres requérants, dont les requêtes ont été introduites après la publication de la loi du 1er mars 2006, ne peuvent utilement invoquer cette incompatibilité ;

Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit ci-dessus que la loi du 1er mars 2006, intervenue postérieurement à l'introduction des requêtes de l'ASSOCIATION ALCALY et de M. A, a une portée rétroactive qui a pour effet de faire obstacle à ce que la légalité des actes attaqués par ces requêtes puisse être utilement contestée devant le juge administratif ; qu'elle porte ainsi atteinte au droit de ces requérants à un procès équitable ; que la circonstance que la loi soit issue d'une proposition de loi déposée le 24 janvier 2006 sur le bureau du Sénat, et donc antérieure tant à la signature de l'avenant qu'à l'introduction de ces requêtes, et que la loi ait été définitivement adoptée par l'Assemblée nationale le 23 février 2006, soit le jour même de l'introduction de ces requêtes, est sans incidence à cet égard ; que les motifs invoqués en l'espèce, tenant en particulier à la nécessité d'assurer la réalisation du projet autoroutier dans les meilleurs délais, ne revêtent pas un caractère impérieux d'intérêt général susceptible de justifier les atteintes ainsi portées au droit à un procès équitable ; qu'ainsi, les dispositions de la loi du 1er mars 2006 ne sont pas compatibles avec les stipulations du paragraphe I de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ; que l'ASSOCIATION ALCALY et M. A sont dès lors fondés à demander que son application soit écartée pour apprécier la légalité des actes contestés par leurs requêtes ;

En ce qui concerne les moyens relatifs à l'application du droit communautaire :

Considérant que des dispositions législatives qui auraient pour objet ou pour effet de soustraire au contrôle du juge des actes administratifs contraires au droit communautaire seraient elles-mêmes incompatibles avec les exigences qui découlent de l'application du droit communautaire ;

Considérant que les requérants soutiennent que les actes administratifs attaqués seraient incompatibles avec les dispositions des directives du 18 juillet 1989 et du 14 juin 1993 ; qu'ils en déduisent que la loi du 1er mars 2006, qui, ainsi qu'il a été dit ci-dessus, a modifié les règles relatives à la passation de l'avenant afin de placer les actes administratifs qui en sont le support à l'abri du contrôle du juge, devrait elle-même être écartée comme contraire au droit communautaire ;

Mais considérant qu'il ressort des pièces du dossier que, dès 1987, l'Etat s'est engagé à confier à la société ASF la réalisation de la section d'autoroute en cause ; qu'en contrepartie de cette promesse, la société ASF a réalisé d'importants travaux et études préparatoires ; que la convention du 10 janvier 1992 a par la suite accordé à cette société la concession de la construction, de l'entretien et de l'exploitation d'un grand nombre d'autoroutes, au nombre desquelles la section de l'autoroute entre Balbigny et la bifurcation A6-A46 au Nord de Lyon, les caractéristiques de l'ouvrage, ses conditions d'exploitation et de financement devant être ultérieurement précisées par avenant ; qu'une enquête publique en vue de la réalisation de cette section a été conduite en 1997 ; que si l'Etat a, fin 1997, informé la société ASF de son intention de suspendre l'exécution du projet, la section d'autoroute étant même retirée du champ de la concession par le quatrième avenant approuvé par décret du 29 décembre 1997, sa réalisation a été relancée dès 1999 ; qu'une nouvelle enquête publique a été conduite en 2001, sur un tracé reliant Balbigny à La Tour-de-Salvigny avant que la société ASF ne soit chargée en 2003 par l'Etat d'étudier la réintégration de la section autoroutière dans la concession ; qu'en dépit des évolutions intervenues depuis 1992, du fait notamment des difficultés techniques et environnementales rencontrées, dans la longueur et le tracé de l'ouvrage envisagé, le projet ne diffère pas substantiellement de celui pour lequel la société ASF avait été retenue ; que dès lors, et malgré la lenteur avec laquelle cette décision a été mise en oeuvre, il ressort des pièces du dossier, ainsi que d'un courrier de la Commission européenne en date du 12 avril 2005 versé au dossier le 27 novembre 2008, que la société ASF doit être regardée comme ayant été pressentie pour réaliser le tronçon litigieux avant l'expiration du délai de transposition de la directive du 18 juillet 1989 ; qu'il en résulte que les obligations de publicité prévues par cette directive, et reprises par la directive du 14 juin 1993, n'ont pas été méconnues, alors même que l'attribution formelle de la concession est intervenue postérieurement à la date d'expiration de ce délai ; que, dès lors, les requérants ne sont pas fondés à demander que l'application de la loi du 1er mars 2006 soit écartée en raison de son incompatibilité alléguée avec les directives des 18 juillet 1989 et 14 juin 1993 ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les requêtes introduites par l'ASSOCIATION SAUVEGARDE DES COTEAUX DU LYONNAIS, ainsi que par MM. B et C doivent être rejetées ; qu'en revanche, les conclusions tendant à ce que, compte tenu de l'intervention de la loi du 1er mars 2006, soit prononcé un non lieu à statuer sur les requêtes de l'ASSOCIATION ALCALY et de M. A ou à ce que celles-ci soient rejetées comme irrecevables ne peuvent être accueillies ;

Sur les exceptions d'irrecevabilité tirées, d'une part, de ce que la décision du 31 janvier 2006 ne ferait pas grief, d'autre part, de ce que les clauses réglementaires seraient

indivisibles du reste du contrat ;

Considérant, d'une part, que la décision du ministre des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer de signer l'avenant du 31 janvier 2006 constitue un acte détachable du contrat qui fait grief aux requérants nonobstant la circonstance que l'avenant précise qu'il n'entrera en vigueur que lors de la promulgation d'une loi d'approbation ;

Considérant, d'autre part, que les clauses réglementaires d'un contrat sont par nature divisibles de l'ensemble du contrat ; que doit ainsi être écartée l'exception tirée de ce que M. A et l'ASSOCIATION ALCALY seraient insusceptibles de contester devant le juge de l'excès de pouvoir les clauses réglementaires de l'avenant au motif que celles-ci seraient indivisibles du reste du contrat ;

Sur les conclusions à fin d'annulation :

Considérant que si, en vertu des dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 122-4 du code de la voirie routière, des ouvrages ou aménagements non prévus au cahier des charges de la délégation peuvent être intégrés à l'assiette de celle-ci sous condition stricte de leur nécessité ou de leur utilité, ainsi que de leur caractère accessoire par rapport à l'ouvrage principal, eu égard notamment à son coût et à ses dimensions, le prolongement de l'A89 prévu par l'avenant ne peut être regardé comme accessoire à l'ouvrage principal déjà exploité dans le cadre de la concession du service public autoroutier ;

Considérant, toutefois, qu'ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la société ASF a été expressément pressentie dès 1987 pour réaliser la section d'autoroute en cause et a, en contrepartie, engagé des études et des travaux préliminaires, de sorte que l'avenant litigieux n'a pas été passé irrégulièrement, en méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence résultant de la directive du 18 juillet 1989 et du décret du 31 mars 1992, qui en a assuré la transposition pour les marchés de travaux de l'Etat, et reprises par la directive du 14 juin 1993 ; que, dans ces circonstances, les requérants ne peuvent davantage se prévaloir d'une méconnaissance des obligations de publicité et de mise en concurrence définies par la loi du 29 janvier 1993, l'article 47 de cette loi prévoyant en effet que ces obligations ne sont pas applicables lorsque, avant la date de publication de la loi, l'autorité habilitée a expressément pressenti un délégataire et que celui-ci a, en contrepartie, engagé des études et des travaux préliminaires ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède, et sans qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non recevoir tirées du défaut d'intérêt donnant qualité

pour agir, que les requêtes présentées par l'ASSOCIATION ALCALY et M. A doivent être rejetées ;

DE C I D E :

Article 1er : Les requêtes présentées par l'ASSOCIATION SAUVEGARDE DES COTEAUX DU LYONNAIS, l'ASSOCIATION ALCALY, MM. A, C et B sont rejetées.

Article 2 : La présente décision sera notifiée à l'ASSOCIATION SAUVEGARDE DES COTEAUX DU LYONNAIS, l'ASSOCIATION ALCALY, MM. Alain A, Etienne C et Jean-Pierre B, à la société Autoroutes du Sud de la France et au ministre d'Etat, ministre de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de l'aménagement du territoire.

Document 9 : CE, Section des finances, Avis, 8 juin 2000, n° 364 803

Le Conseil d'Etat, saisi par le ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie des questions suivantes :

Y a-t-il « lieu d'appliquer les procédures prévues par le Code des marchés publics ou la loi du 29 janvier 1993,

I) lors de la cession pure et simple d'un contrat de marché(s) public(s) ou de délégation de service public à un tiers,

II) lorsqu'une entreprise prend le contrôle (au sens de la loi du n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales) d'une personne morale chargée directement de l'exécution d'un tel contrat,

III) lorsqu'une entreprise prend le contrôle (au sens de la loi de 1966) d'une personne morale disposant de filiales chargées de l'exécution de marchés ou de délégations, dont cette personne morale s'est ou non portée garante ? ».

Vu le Code civil ;

Vu le Code pénal ;

Vu le Code des marchés publics ;

Vu le Code Général des collectivités territoriales ;

Vu la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 modifiée sur les sociétés commerciales ;

Vu la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, modifiée par la loi n° 94-42 du 9 février 1994, par la loi n° 95-127 du 8 février 1995 et par la loi n° 96-142 du 24 février 1996 ;

Est d'avis qu'il y a lieu de répondre aux questions posées dans le sens des observations suivantes :

I) Aux termes de l'article 39 du Code des marchés publics, issu du décret n° 56-256 du 13 mars 1956, « les marchés de l'Etat et de ses établissements publics autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial [...] sont passés après mise en concurrence dans les conditions et sous les réserves prévues au titre 1^{er}. ». La même disposition figure à l'article 250 du même code, issu du décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992, pour les marchés passés au nom des collectivités locales et de leurs établissements publics.

L'article 38 de la loi susvisée du 29 janvier 1993 dispose que « les délégations de service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes [...]. Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire. ». Aucun de ces textes, non plus qu'aucun autre texte, ne traite de la procédure à suivre en cas de cession ou de transfert à un tiers des marchés publics ou des délégations de service public.

Le Conseil d'Etat statuant au contentieux a, en revanche, posé depuis fort longtemps le principe selon lequel ces contrats sont conclus en raison de considérations propres à chaque cocontractant (« intuitu personae ») ; il en a tiré la conséquence que la cession d'un marché ou d'une concession ne pouvait avoir lieu, même en l'absence de toute clause spéciale du contrat en ce sens, qu'avec l'assentiment préalable de la collectivité cocontractante. Il a précisé les cas dans lesquels cette autorisation pouvait légalement être refusée, au regard notamment des nécessités du service public, les conditions dans lesquelles, en cas de cession non autorisée, la collectivité pouvait exiger la poursuite du contrat initial ou le résilier et, enfin, les droits à indemnité du titulaire du marché ou du concessionnaire, en cas de refus illégal d'autorisation de cession ou de résiliation illégale du contrat. Lorsque l'autorisation de cession peut être légalement accordée, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a toujours jugé que le choix du nouveau titulaire par le précédent cocontractant de l'administration n'était soumis à aucune procédure publique de mise en concurrence.

II) La première question posée par le Gouvernement traitant, en termes très généraux de la notion de cession à un tiers, le Conseil d'Etat estime nécessaire de lui apporter préalablement les précisions suivantes relatives aux notions de cession et de tiers.

D'une part, la cession d'un marché ou d'une délégation de service public doit s'entendre de la reprise pure et simple, par le cessionnaire qui constitue son nouveau titulaire, de l'ensemble des droits et obligations résultant du précédent contrat. Elle ne saurait être assortie d'une remise en cause des éléments essentiels de ce contrat, tels que la durée, le prix, la nature des prestations et, s'agissant de concessions, le prix demandé aux usagers. Lorsque la modification substantielle de l'un de ces éléments implique nécessairement la conclusion d'un nouveau contrat, ce contrat, même conclu sous forme d'un avenant, doit être soumis aux procédures de publicité et de mise en concurrence préalables, prévues par les dispositions du Code des marchés publics ou de la loi du 29 janvier 1993 précités.

D'autre part, la notion de tiers auquel le contrat est cédé doit s'entendre d'une personne morale distincte du titulaire initial dudit contrat. Tel n'est pas le cas, en application de l'article 1844-3 du Code civil et des articles 5°, 354, 355, 355-1 et 355-2 de la loi susvisée du 24 juillet 1966, relatifs à la notion de prise de contrôle des sociétés, en cas de transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme, ou en cas de prorogation ou de toute autre modification statutaire. Tel n'est pas non plus le cas, selon la jurisprudence, lorsqu'il est procédé à un changement de propriétaire des actions composant le capital sociale, même dans une proportion très largement majoritaire. En revanche, il y a bien cession à un tiers lors de la réalisation d'opérations de scission et de fusion, lorsque ces opérations aboutissent à la création de sociétés nouvelles, en vertu des dispositions des articles 371, 372, 372-1 et 372-2 de la loi susvisée du 24 juillet 1966 ou lorsque, à la suite d'autres formes de transmissions de patrimoines ou de cessions d'actifs, une société nouvelle se voit attribuer, en qualité de cessionnaire, un marché public ou un contrat de délégation de service public.

III) Il résulte de ce qui précède que les trois questions posées par le Gouvernement peuvent faire l'objet d'une réponse commune.

L'autorisation de cession ne peut légalement être refusée pour un motif autre que ceux qui résultent des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux.

Au nombre de ces motifs figure, notamment, l'appréciation des garanties professionnelles et financières que peut présenter le nouveau titulaire du contrat pour assurer la bonne fin du contrat dans le cas d'un marché ou, dans le cas d'une délégation, de son aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. Dès lors que l'autorisation de cession est légalement subordonnée à une telle appréciation préalable, l'on ne saurait envisager une procédure de publicité et de mise en concurrence, pouvant conduire au choix d'un nouveau titulaire du contrat. Une telle procédure n'a d'ailleurs jamais été requise par le Conseil d'Etat statuant au contentieux.

Si, en revanche, la cession à un nouveau titulaire ou la disparition du titulaire initial, à la suite d'opérations de restructuration, aboutissant à la création de sociétés nouvelles, lui paraît de nature soit à remettre en cause les éléments essentiels relatifs au choix du titulaire initial du contrat soit à modifier substantiellement l'économie dudit contrat, la collectivité publique est en droit de refuser son autorisation de cession. Si le cédant ne croit pas devoir en poursuivre l'exécution ou s'il a disparu, le marché ou la délégation peut, ou même doit, être résilié et un nouveau contrat ne peut être passé que dans le respect des règles de publicité et de mise en concurrence, telles que posées par le Code des marchés publics et par la loi susvisée du 29 janvier 1993.

IV) S'il apparaissait que la collectivité publique cocontractante se prêtait à une manœuvre ou à un détournement de procédure, avec la complicité du cédant ou du cessionnaire du contrat, dans le but notamment de contourner les règles de mise en concurrence applicables au contrat initial, la décision qu'elle prendrait d'autoriser la cession dudit contrat serait entachée de détournement de pouvoir. Il appartiendrait au contrôle de légalité de la faire censurer, sans préjudice de l'application éventuelle des sanctions prévues par l'article 432-14 du Code pénal.

Document 10 : CE, 11 juillet 2008, Ville de Paris c/ Sté Clear Channel France, n° 312354

Vu le pourvoi et le mémoire complémentaire, enregistrés les 17 janvier et 11 février 2007 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la VILLE DE PARIS, représentée par son maire en exercice ; la VILLE DE PARIS demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'ordonnance du 2 janvier 2008 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Paris a, sur la requête de la société Clear Channel France tendant, sur le fondement de l'article L. 551-1 du code de justice administrative, d'une part à ce qu'il soit enjoint à la ville de Paris de différer la signature de l'avenant n° 1 au marché n° 0761001 jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximale de vingt jours, d'autre part à l'annulation de la procédure d'attribution portant sur la conclusion d'un avenant par la ville de Paris avec la société Somupi au marché du 27 février 2007 relatif à la mise en place d'une flotte de vélos à destination du public et de mobilier urbain d'information à caractère général ou local et accessoirement publicitaire, et, enfin, à la condamnation de la ville de Paris à adresser aux maires des communes concernées par le projet

d'avenant l'ordonnance à intervenir sous astreinte de 1 000 euros par jour de retard, annulé la délibération DVD 268 adoptée le 19 décembre 2007 par le conseil de Paris autorisant le maire de Paris à signer un avenant n° 1 au marché n° 0761001 signé le 27 février 2007 avec l'entreprise Somupi et à signer des conventions avec d'autres communes, conformes à une convention-cadre annexée à ladite délibération et rejeté le surplus des conclusions de la requête ;

2°) statuant en référé, de rejeter la demande présentée par la société Clear Channel France devant le tribunal administratif de Paris ;

3°) de mettre à la charge de la société Clear Channel France le versement d'une somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique : (...)

- les conclusions de M. Nicolas Boulouis, Commissaire du gouvernement ;

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

délibération du 19 décembre 2007 du conseil de Paris ; que la VILLE DE PARIS se pourvoit en cassation contre cette ordonnance ;

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

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

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

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

juge des référés du tribunal administratif de Paris a inexactement qualifié l'avenant en jugeant qu'il avait pour effet de modifier l'objet du marché et qu'il constituait ainsi un nouveau marché ; qu'il résulte de ce qui précède que la VILLE DE PARIS est fondée à demander l'annulation de l'ordonnance du 2 janvier 2008 ;

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

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

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

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

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

D E C I D E :

Article 1er : L'ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Paris du 2 janvier 2008 est annulée.

Article 2 : La demande de la société Clear Channel France devant le tribunal administratif de Paris et ses conclusions devant le Conseil d'Etat tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La société Clear Channel France versera à la VILLE DE PARIS la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : La présente décision sera notifiée à la VILLE DE PARIS et à la société Clear Channel France.

Document 11 : CE, 27 octobre 2010, Syndicat intercommunal des transports publics de Cannes, Le Cannet, Mandelieu-la-Napoule, n° 318617

Vu le pourvoi, enregistré le 21 juillet 2008 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présenté pour le SYNDICAT INTERCOMMUNAL DES TRANSPORTS PUBLICS DE CANNES LE CANNET MANDELIEU LA NAPOULE, dont le siège est Mairie à Cannes (06400) ; le SYNDICAT INTERCOMMUNAL DES TRANSPORTS PUBLICS DE CANNES LE CANNET MANDELIEU LA NAPOULE (STIP) demande au Conseil d'Etat :

1°) d'annuler l'arrêt du 28 avril 2008 par lequel la cour administrative d'appel de Marseille, a annulé le jugement du tribunal administratif de Nice du 7 octobre 2005 qui a annulé la délibération du conseil municipal de Mandelieu-la-Napoule du 29 novembre 1999 approuvant la résiliation de la convention du 8 novembre 1996 et l'a condamné à verser à la société Azur Pullman Voyages la somme de 436 318,29 euros, assortie des intérêts à compter du 18 juin 2001 avec capitalisation des intérêts ;

2°) réglant l'affaire au fond, de rejeter la requête d'appel de la Société Azur Pullman Voyages ;

3°) de mettre à la charge de la Société Azur Pullman Voyages le versement de la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code général des collectivités territoriales ;

Vu le code de l'éducation ;

Vu la loi 83-663 du 22 juillet 1983 ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique : (...)

- les conclusions de M. Bertrand Dacosta, rapporteur public ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que par convention du 8 novembre 1996, le département des Alpes-Maritimes et la commune de Mandelieu-la-Napoule ont confié à la société Azur Pullman Voyages l'exploitation de la ligne de transport scolaire M5 desservant le collège Albert Camus de Mandelieu-la-Napoule ; qu'en application de l'arrêté préfectoral du 16 avril 1998 autorisant l'adhésion de la commune de Mandelieu-la-Napoule au SYNDICAT INTERCOMMUNAL DES TRANSPORTS PUBLICS DE CANNES LE CANNET MANDELIEU LA NAPOULE (STIP), ce dernier a été substitué à la précédente autorité organisatrice pour l'organisation des transports scolaires sur le territoire de la commune de Mandelieu-la-Napoule ; que, par délibération en date du 29 novembre 1999, le conseil municipal de la commune de Mandelieu-la-Napoule a approuvé la résiliation de la convention du 8 novembre 1996 ; que par délibération du 6 décembre 1999, le STIP s'est à son tour prononcé sur la résiliation de cette convention et les mesures nécessaires à la continuité du service ; que, par jugement du 7 octobre 2005, le tribunal administratif de Nice a rejeté les demandes de la société Azur Pullman Voyages tendant, d'une part, à l'annulation de la délibération en date du 29 novembre 1999 du conseil municipal de la commune de Mandelieu-la-Napoule et, d'autre part, à la condamnation de la commune de Mandelieu-la-Napoule, du département des Alpes Maritimes et du STIP, à lui verser une indemnité au titre de la résiliation de sa convention ; que la cour administrative d'appel de Marseille, par son arrêt du 28 avril 2008, a annulé le jugement du tribunal administratif ainsi que la délibération du conseil municipal de la commune de Mandelieu-la-Napoule du 29 novembre 1999 et condamné le STIP à verser à la société Azur Pullman Voyages la somme de 436 318,29 euros assortis des intérêts à compter du 18 juin 2001 et capitalisés à la date du 10 juillet 2002, puis à chaque échéance annuelle ; que le STIP se pourvoit à l'encontre de cet arrêt en tant qu'il annule le jugement du tribunal administratif de Nice en tant qu'il se prononce sur les conclusions indemnitaires de la société Azur Pullman Voyages ; que la commune de Mandelieu-la-Napoule conteste l'arrêt en tant qu'il annule la délibération du 29 novembre 1999 de son conseil municipal ;

Sur les conclusions de la commune de Mandelieu-la-Napoule :

Considérant que la commune de Mandelieu-la-Napoule demande l'annulation de l'arrêt attaqué en tant que dans son article 2, il annule la délibération de son conseil municipal en date du 29 novembre 1999 approuvant la résiliation de la convention; que d'une part, les conclusions de la commune soulèvent un litige distinct de celui qui fait l'objet du pourvoi du STIP, d'autre part elles sont tardives, et ne sont ainsi pas recevables ;

Sur le pourvoi :

Considérant en premier lieu, qu'aux termes des dispositions de l'article 29 de la loi du 22 juillet 1983 complétant la loi du 7 janvier 1983 relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, alors en vigueur, aujourd'hui codifiées à l'article L. 213-11 du code de l'éducation : Les transports scolaires sont des services réguliers publics, au sens de l'article 29 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs./ Le département a la responsabilité de l'organisation et du fonctionnement de ces transports. (...) :A l'intérieur des périmètres de transports urbains existant au 1er septembre 1984, cette responsabilité est exercée par l'autorité compétente pour l'organisation des transports urbains. / En cas de création ou de modification ultérieures d'un périmètre de transports urbains incluant le transport scolaire, une convention est passée entre l'autorité compétente pour l'organisation des transports urbains et le département. Cette convention fixe les conditions de financement des services de transports scolaires dans ce nouveau périmètre... ; qu'il résulte de ces dispositions que la cour administrative de Marseille n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant, par une motivation suffisante, que, suite à l'arrêté préfectoral du 16 avril 1998 autorisant l'adhésion de la commune de Mandelieu-la-Napoule au STIP, celui était devenu l'autorité compétente pour organiser les services de transports urbains sur le territoire de la commune ; que, la cour a pu légalement en déduire que la responsabilité de la commune et du département des Alpes-Maritimes ne pouvait être recherchée au titre de la résiliation de la convention de transports urbain conclue par la société Azur Pullman Voyages ; que dès lors, les conclusions du syndicat requérant dirigées contre l'arrêt en tant qu'il statue sur les conclusions indemnitaires de la société Azur Pullman Voyages dirigées contre la commune de Mandelieu-la-Napoule et le département des Alpes-Maritimes doivent être rejetées ;

Considérant en second lieu, que d'une part, il

ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que si la société Azur Pullman Voyages, a présenté à la commune de Mandelieu-la-Napoule une réclamation préalable en vue d'être indemnisée de la résiliation de son contrat et que par lettre du 23 avril 2001, la commune a décliné sa compétence pour se prononcer sur cette réclamation la réclamation doit être regardée comme ayant été transmise par la commune au STIP dont elle est membre ; que le STIP ayant gardé le silence sur cette réclamation, une rejet implicite est né ; que dès lors, la cour n'a pas commis d'erreur de droit ni dénaturé les faits de l'espèce en jugeant que les conclusions indemnitaires présentées par la société Azur Pullman Voyages contre le STIP, enregistrées au greffe du tribunal administratif de Nice le 1er février 2002, étaient recevables et en annulant pour ce motif, le jugement du tribunal administratif ;

Considérant d'autre part et toutefois, qu'en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs, la personne publique peut apporter unilatéralement dans l'intérêt général des modifications à ses contrats ; que l'autorité organisatrice des transports peut ainsi, en cours de contrat, apporter unilatéralement des modifications à la consistance des services et à leurs modalités d'exploitation, le cocontractant, tenu de respecter ses obligations contractuelles ainsi modifiées, ayant droit au maintien de l'équilibre financier de son contrat ; que, par suite, en retenant que le refus de la société Azur Pullman Voyages d'encaisser le prix des transports suite au changement de mode de tarification et de prendre en compte la nouvelle organisation du service fixée par le syndicat ne pouvait être qualifié de faute de nature à justifier la résiliation du contrat, dès lors que la société avait respecté ses obligations contractuelles originelles et qu'un avenant au contrat n'avait pas été conclu, la cour a commis une erreur de droit ; que par conséquent, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi dirigés contre cette partie de l'arrêt, le STIP est fondé à demander l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il fait droit aux conclusions la société Azur Pullman Voyages tendant à ce qu'il l'indemnisse des conséquences financières de la résiliation de la convention et en tant qu'il met solidairement à sa charge le versement d'une somme de 3 000 euros à la société Azur Pullman Voyages en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

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

Considérant qu'il résulte de l'instruction que la société Azur Pullman Voyages a continué à assurer la desserte de la ligne des transports dont elle avait la charge, dans les conditions prévues par la convention du 8 novembre 1996 en refusant de prendre en compte la nouvelle organisation du service public des transports fixé par le syndicat et notamment les nouvelles modalités de billetterie alors qu'elle était tenue d'exécuter cette convention telle que

modifiée unilatéralement par la personne publique ; que la société, qui n'établit pas que les modifications ainsi décidées par le STIP auraient conduit à bouleverser l'économie du contrat, a, dans les circonstances de l'espèce, commis une faute de nature à justifier la résiliation de la convention prononcée par délibération du comité syndical du STIP du 6 décembre 1999 ; que, dans ces conditions, la société Azur Pullman Voyages n'est pas fondée à demander la condamnation du STIP à l'indemniser à raison de cette résiliation ; que sa demande présentée devant le tribunal administratif de Nice doit en conséquence être rejetée ;

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

Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mis à la charge du SYNDICAT INTERCOMMUNAL DES TRANSPORTS PUBLICS DE CANNES LE CANNET MANDELIEU LA NAPOULE qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante, le versement d'une somme au titre des frais exposés par la société Azur Pullman Voyages et non compris dans les dépens ; que ces mêmes dispositions font obstacle à ce que soit mis à la charge du SYNDICAT INTERCOMMUNAL DES TRANSPORTS PUBLICS DE CANNES LE CANNET MANDELIEU LA NAPOULE et de la société Azur Pullman Voyages le versement de la somme que demande au même titre la commune de Mandelieu-la-Napoule ; qu'il y a lieu dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Azur Pullman Voyages, la somme de 3 500 euros au titre des frais exposés par le SYNDICAT INTERCOMMUNAL DES TRANSPORTS PUBLICS DE CANNES LE CANNET MANDELIEU LA NAPOULE et non compris dans les dépens ;

DECIDE :

Article 1er : L'arrêt en date du 28 avril 2008 de la cour administrative d'appel de Marseille est annulé en tant qu'en son article 3, il condamne le SYNDICAT INTERCOMMUNAL DES TRANSPORTS PUBLICS DE CANNES LE CANNET MANDELIEU LA NAPOULE à verser une indemnité de 436 318,29 euros avec intérêts capitalisés à la société Azur Pullman voyages et qu'il met en son article 4 solidairement à la charge du SYNDICAT INTERCOMMUNAL DES TRANSPORTS PUBLICS DE CANNES LE CANNET MANDELIEU LA NAPOULE le versement d'une somme de 3 000 euros à la société

Azur Pullman Voyages en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 2 : Les conclusions indemnitaires de la société Azur Pullman Voyages dirigées contre le SYNDICAT INTERCOMMUNAL DES TRANSPORTS PUBLICS DE CANNES LE CANNET MANDELIEU LA NAPOULE présentées devant le tribunal administratif de Nice et ses conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées ;

Article 3 : Les conclusions de la commune de Mandelieu-la-Napoule tendant à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative de Marseille en tant que dans son article 2, il annule la délibération de son conseil municipal en date du 29 novembre 1999 et ses conclusions tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

(...)