

CHRONIQUE D'ACTUALITE DE DROIT PUBLIC DES AFFAIRES

Par François Lichère

1 / CONTRATS PUBLICS

- **La Cour de justice admet une nouvelle exception à la mise en concurrence, différente de l'exception *in house*, pour une convention entre plusieurs personnes publiques (CJCE 9 juin 2009, Commission c/ Allemagne, aff. C-480/06).** Dans cet arrêt, la CJCE prend bien soin d'indiquer que l'exception *in house* ne pouvait jouer en l'espèce, s'agissant d'une convention par laquelle la ville de Hambourg s'engageait à traiter les déchets de collectivités locales voisines. Mais elle admet que ce contrat n'avait pas à respecter la directive 2004/18 pour toute une série de motifs. On peut résumer ceux-ci de la façon suivante : le contrat contribue à la mise en œuvre d'un service public dans le respect d'une directive communautaire ; il présente des caractéristiques non économiques ; il met en place une collaboration entre autorités publiques qui aurait pu tout aussi bien donner lieu à une coopération institutionnalisée ; enfin les parties n'ont pas cherché, par ce montage, à contourner les règles de la directive marchés publics.
- **L'exception « in house » encore plus encadrée (CJCE 10 septembre 2009, Comune di Ponte Nossa, aff. n° C-573/07).** La CJCE rappelle que la simple présence au capital d'une entreprise privée suffit à exclure que le contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur soit analogue au contrôle qu'il exerce sur ses propres services et qu'il en va de même si, au moment où le contrat est conclu, la perspective concrète et à court terme d'une telle ouverture du capital existe. Elle ajoute que la simple faculté d'une telle ouverture ne saurait, en revanche, empêcher de faire jouer l'exception « in house ». Toutefois, dès l'instant que cette ouverture est réalisée, il convient de procéder à une mise en concurrence. La Cour ne dit pas en revanche quelle forme devra prendre cette mise en concurrence mais l'on peut penser, dans le prolongement de la communication interprétative de la Commission de 2008 sur les partenariats public privés institutionnels, qu'il suffirait de mettre en concurrence les personnes privées pouvant entrer au capital pour que cette exigence soit remplie, sans qu'il soit besoin de résilier le contrat.
- **La Cour de justice admet que le choix d'une entreprise privée pour entrer au capital d'une entreprise à capitaux public et privé créée spécialement pour un service public puisse se faire en même temps que l'attribution de la concession à cette entreprise (CJCE 15 octobre 2009, Acoset, C-198/08).** Il suffit que l'associé privé soit sélectionné sur appel d'offres public, après vérification des conditions financières, techniques, opérationnelles et de gestion se rapportant au service à assurer et des caractéristiques de l'offre au regard des prestations à fournir, et que la procédure d'appel d'offres en question soit conforme aux principes de libre concurrence, de transparence et d'égalité de traitement imposés par le traité CE pour les concessions. On remarquera que ce procédé correspond exactement à ce que préconisait la Commission de Bruxelles dans son livre vert de 2008 sur les partenariats public privé institutionnels.

- Une législation nationale peut prévoir des cas d'exclusion des candidats non prévus par une directive marchés publics, à l'image de l'exclusion de candidats qui ont des liens avec d'autres candidats ; mais une telle exclusion ne doit pas être automatique (CJCE 19 mai 2009, Assitur, aff. C-538/07). La CJCE estime que des entreprises entre lesquelles il existe un rapport de contrôle ou qui sont liées entre elles doivent pouvoir bénéficier de la possibilité de démontrer que ledit rapport n'a pas influé sur leur comportement respectif dans le cadre de la procédure de passation du marché public à laquelle elles ont toutes les deux participé.
- Le Conseil d'Etat fait preuve de souplesse s'agissant du moment et du contenu de l'obligation de communiquer les motifs détaillés de rejet des offres et les motifs du choix du candidat retenu (CE 6 mars 2009, Syndicat mixte de la région Auray-Belz-Quiberon, req. 321217). L'absence de communication des informations prévues aux articles 80 et 83 du CMP est en principe un manquement du pouvoir adjudicateur, à moins que ces informations aient été communiquées au candidat évincé à la date à laquelle le juge des référés statue sur le fondement du référé précontractuel ; par ailleurs, le fait d'informer le candidat évincé du nom de l'entreprise attributaire du marché, et de ce que celle-ci, qui avait obtenu la même note que le requérant sur le critère de la valeur technique, s'était distinguée de sa concurrente sur le critère du prix, suffit à voir cette obligation comme remplie.
- La transmission aux candidats évincés du rapport d'analyse des offres au titre de l'information exigée par le code des marchés publics n'est pas illégale, sous certaines conditions (CE 16 novembre 2009, Région de la Réunion, req. n° 307620). Le Conseil d'Etat avait initialement indiqué que la communication du rapport d'analyse des offres aux candidats évincés « porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des entreprises ou pourrait nuire au libre jeu de la concurrence entre elles » (CE 20 octobre 2006, Syndicat des eaux de la Charente-Maritime). La formule pouvait paraître générale. L'apport de l'arrêt Région de la Réunion est d'indiquer que le rapport peut être communiqué aux candidats ayant remis une offre. On doit donc en déduire que l'arrêt de 2006 n'interdisait la communication de ce rapport qu'aux candidats écartés après examen de leur candidature.
- Le Décret n°2009-987 du 20 août 2009 fixe à 40 millions d'euros le seuil à partir duquel les contrats de partenariat des collectivités locales peuvent ne pas être financés majoritairement par le titulaire du contrat de partenariat.
- Le Conseil d'Etat juge que le renvoi au CCAG Propriété intellectuelle induit la présence de clause exorbitante du droit commun et que le fait de se soumettre volontairement au code des marchés publics n'implique pas le respect de toutes les dispositions de ce code (CE 9 juin 2009, GIP- Carte du professionnel de santé, req. 319103). Le premier point revient sur une jurisprudence de 1981 (Commune de Borce) et renoue avec une jurisprudence encore plus ancienne de 1967 (Roudier de la Brille) pour qui le simple renvoi à un CCAG fait regarder le contrat comme comportant des clauses exorbitantes du droit commun. Le second surprend dans la mesure où la jurisprudence faisait jusqu'alors application de l'adage « *tu patere legem quam fescisti* » en obligeant la personne publique à respecter la procédure à laquelle elle s'était soumise volontairement. Il est vrai que

les précédentes hypothèses concernaient des contrats pour lesquels aucune obligation n'était imposée alors qu'ici il s'agissait pour un GIP soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 de se soumettre au code des marchés publics. Il n'en reste pas moins que le Conseil juge que les moyens tirés de l'obligation de l'allotissement obligatoire et de l'obligation de fixer des niveaux minimums de capacité sont inopérants car non prévus dans l'ordonnance du 6 juin 2005.

- **L'ordonnance du 15 juillet 2009 modifie la loi du 3 janvier 1991 sur les concessions de travaux pour la mettre en conformité avec la directive 2004/18 du 31 mars 2004.**

L'ordonnance aligne la définition des concessions de travaux sur celle issue de la directive (« Les contrats de concession de travaux publics sont des contrats administratifs dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix »). Mais cette ordonnance ne concerne que les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005 et les collectivités territoriales. Elle introduit, par ailleurs, neuf cas d'exclusion à son champ d'application (8 pour les collectivités territoriales). Elle encadre la passation de ces concessions, notamment en les soumettant aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Les considérations de développement durable font également leur apparition, tout comme les mesures en faveur d'autres entreprises (possibilité de réserver 30% de l'exécution à des tiers, ou d'inviter les candidats à indiquer dans leur offre la part qu'ils entendent confier à des tiers) mais le ne s'agit que de simples facultés pour les pouvoirs adjudicateurs. Enfin, un titre 3 est consacré aux marchés de travaux passés par les concessionnaires de travaux qui doivent respecter soit le code des marchés publics si le concessionnaire est une personne soumise au code, soit l'ordonnance du 6 juin 2005 s'il s'agit d'une personne soumise à cette ordonnance, soit le titre 3 de l'ordonnance du 15 juillet 2005 dans les autres cas. Aucune obligation de mise en concurrence n'est exigée s'agissant des contrats passés avec des entreprises liées. Au passage, on note la qualification de ces concessions de travaux en contrats administratifs, ce qui, s'agissant des personnes privées soumises à l'ordonnance du 6 juin 2005, crée une nouvelle catégorie de contrat administratif par détermination de la loi et ne va pas sans poser des problèmes de cohérence (notamment en ce que cela pourrait affecter la notion de travaux publics).

- **Un contrat confiant à une société le soin de réhabiliter des terrains en vue d'y développer des espaces paysagers ou forestiers, d'y créer un centre de recherche sur les technologies de l'eau et de l'assainissement et d'y installer un centre d'entraînement du club professionnel du Paris Saint-Germain, n'est pas un marché soumis au code des marchés publics mais un marché public au sens du droit communautaire, soumis au principe de transparence mais pas à la directive du 31 mars 2004 car étant d'un montant inférieur au seuil d'application de cette directive (CE 3 juin 2009, Commune de Saint Germain en Laye). En effet, le cocontractant exerçait la maîtrise d'ouvrage et était rémunéré par le droit d'exploiter un gisement de granulats. Par ailleurs, il convenait, pour garantir le principe de transparence, d'indiquer à l'avance les critères de choix des offres.**

- **Une concession de service public (sans travaux publics) doit faire l'objet d'une publicité adéquate pour les opérateurs européens au nom du principe de non discrimination en raison de la nationalité** (CE 1^{er} avril 2009, Communauté urbaine de Bordeaux). On sait que les textes, tant nationaux que communautaire, n'imposent une obligation de publicité européenne que pour les concessions de travaux mais pas pour les concessions de service public. Néanmoins, le Conseil d'Etat juge, dans la lignée de la jurisprudence *telaustria*, qu'en raison des règles fondamentales du traité, une publicité adéquate s'impose aux personnes publiques. Ainsi « lorsque la délégation de service public en cause est susceptible d'intéresser des opérateurs implantés sur le territoire d'autres Etats membres de l'Union européenne, une procédure de publicité adéquate peut être assurée par une insertion dans un support de référence pour les annonces concernant les procédures de délégation de service public lancées en France dans le domaine concerné, à la condition toutefois qu'elle soit insusceptible d'échapper à l'attention des opérateurs raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par une telle délégation, y compris ceux implantés sur le territoire d'un autre Etat membre ». En l'espèce, le Conseil d'Etat fait preuve de souplesse et estime que les supports de publicité choisis par la personne publique, quoique français, étaient suffisants pour attirer l'attention d'un opérateur économique vigilant, en raison de leur objet et de leur diffusion.

- **Les dispositions de la loi Sapin sur la durée maximale de certaines délégations sont considérées comme étant implicitement d'ordre public et s'appliquent par conséquent aux délégations signées antérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi** (CE 8 avril 2009, Compagnie générale des eaux et commune d'Olivet). Cette atteinte à la « liberté contractuelle » est justifiée par la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

- **La fixation de la durée d'une délégation de service public n'est pas uniquement fonction de la durée comptable d'amortissement** (CE 11 août 2009, Société maison Comba). Pour le Conseil, la durée normale d'amortissement des installations susceptible d'être retenue par une collectivité délégante, peut être la durée normalement attendue pour que le délégataire puisse couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement, compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant, ainsi que de la prévision des tarifs payés par les usagers, que cette durée coïncide ou non avec la durée de l'amortissement comptable des investissements.

- **Le juge contrôle strictement l'absence de prise en charge, par le délégataire de service public, de dépenses étrangères à la délégation et module les effets de sa décision en cas d'annulation d'un avenant (CE 30 juillet 2009, Ville de Grenoble, req. N° 296964)**. On sait que, classiquement, et avant même que la loi Sapin du 29 janvier 1993 ne l'interdise expressément, le juge administratif vérifiait que les redevances payées par les usagers correspondaient à la réalité du service rendu. Il s'agit ainsi d'éviter des transferts de charges entre usagers d'un service public et contribuables ou entre usagers de différents services publics. Après le contentieux (inépuisable) de la distribution de l'eau à Grenoble, c'est la distribution d'électricité de cette même ville qui était sur la sellette dans cette affaire. Le Conseil d'Etat juge que la délégation de service public initiale et un premier avenant ne pouvait plus être attaqué, le recours étant hors délai, contrairement au deuxième avenant qui pouvait être attaqué par un usager. En l'espèce, il donne raison au requérant et annule l'avenant en ce qu'il transférait la prise en charge de l'énergie

consommée par le réseau d'éclairage public et de son entretien courant, ainsi que les investissements correspondant à son gros entretien et son extension sur la tête du délégataire de la distribution d'électricité. En revanche, il admet que cette annulation, qui porte sur les dispositions réglementaires d'un contrat, ne produira ses effets qu'à compter du 1^{er} mars 2010. Il fait ainsi application de la jurisprudence AC ! contre le chômage, tout en réservant le cas des actions contentieuses engagées antérieurement à l'arrêt. Toutefois, il juge que les effets antérieurs de ces dispositions réglementaires, pourtant déclarées illégales, sont réputés définitifs, ce qui transforme en réalité le différé de l'annulation en un différé de résiliation.

- **Le décret du 22 juillet 2009 réforme la passation des concessions d'aménagement.** Suite à la jurisprudence Auroux (CJCE 19 janvier 2007), la question était posée de savoir si toutes les concessions de travaux ne devaient pas être assimilées à des marchés publics au sens communautaire. Ce n'est finalement pas ce que décide ce décret, tout en précisant que seules les concessions d'aménagement dans lesquelles « le concessionnaire assume une part significative du risque économique de l'opération » sont soumises à ce décret, les autres étant soumises à l'ordonnance sur les contrats de partenariat, autrement dit, étant assimilées à des marchés publics au sens communautaire. Par ailleurs, ce décret modifie certaines de règles de passation des concessions d'aménagement, notamment en introduisant une procédure adaptée en dessous des seuils communautaires.

- **Le décret du 2 septembre 2009 clarifie certaines dispositions du droit des marchés publics et, à titre accessoire, assure la mise en conformité avec le droit communautaire des dispositions du code de procédure civile.** Sur le premier point, il supprime l'obligation de constituer une commission d'appel d'offres pour l'Etat et les établissements publics de santé et pour l'UGAP. L'article 50 du CMP permet d'utiliser des variantes dans les marchés à procédure adaptée sans qu'il soit besoin de le préciser dans l'AAPC, contrairement aux marchés à procédures formalisées. L'article 52 permet au pouvoir adjudicateur de régulariser la capacité juridique des candidats en cours de procédure. L'article 55 précise que la commission d'appel d'offres n'intervient pour rejeter les offres anormalement basses que pour les marchés formalisés. Les articles 57 et 160 (appel d'offres ouvert) prennent en compte la suppression de la double enveloppe avec aussi un régime particulier pour les marchés allotis des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices. L'article 63 supprime la compétence de la CAO pour l'ouverture et l'enregistrement des plis dans la procédure de l'appel d'offres restreint. Le I de l'article 69 précise la composition du jury des marchés de conception- réalisation qui doit contenir au moins un tiers de maîtres d'œuvres désignés par le président du jury. Le I de l'article 77 précise les conditions du recours à un marché à bons de commande pour lesquels il doit y avoir au moins trois opérateurs économiques présents. Les articles 89 et 90 précisent l'assiette du montant de l'avance conditionnant la constitution d'une garantie à première demande et changent le moment à partir duquel une garantie est demandée. Le 2^o de l'article 115 clarifie le mécanisme du droit à avance pour le sous-traitant d'un marché public bénéficiant du paiement direct a été clarifié. L'article 129 remplace la Commission des marchés publics de l'Etat.

D'autres textes sont modifiés. A titre transitoire, l'article 43 du décret n°2008-1355 du 19 décembre 2008 est amendé pour instaurer la possibilité de modifier par avenant le taux et les conditions de l'avance versée au titulaire d'un marché.

Le premier alinéa de l'article 41-1 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005 étend le mécanisme de conception-réalisation selon une procédure négociée à tout type de marché passé par les entités adjudicatrices.

Pour ce qui est du code de procédure civile, l'article 1441-1 ne prévoit plus l'obligation de mettre en demeure le pouvoir adjudicateur préalablement à l'introduction d'un référé précontractuel contre une décision détachable d'un contrat privé.

- **Le Conseil d'Etat estime non justifié le regroupement de deux lots dans le domaine de la transmission de données par fréquences hertziennes** (CE 31 août 2009, Communauté urbaine de Nantes Métropole). En l'occurrence, les prestations en cause étaient bel et bien distinctes, nonobstant l'appel à la même technologie GSM, s'agissant d'une part, de la fourniture d'un service de téléphonie mobile voix et données, fonctionnant sur les fréquences de 900 et 1800 MHz et, d'autre part, de la mise en œuvre de transferts d'informations entre machines, notamment horodateurs et feux de signalisation, fonctionnant dans la seule fréquence de 900 MHz. Par ailleurs, la personne publique n'apporte pas la preuve des difficultés dans l'organisation et la coordination de ces deux ensembles de prestations, et l'impact financier de ce regroupement ne représente que moins de 2% du budget alloué à ce lot. Le regroupement en un seul lot est illégal et ce moyen d'illégalité lèse la requérante car le regroupement impliquerait pour elle des investissements lourds pour pouvoir répondre à l'appel d'offres.

- **Le Conseil d'Etat encadre le contenu du marché public à passer pour la mission de défense des droits des étrangers maintenus en rétention en posant une réserve d'interprétation** (CE 3 juin 2009, Cimade). Le juge était amené à se prononcer sur la légalité du décret fixant les obligations des organismes en charge de la défense des droits des étrangers en rétention. Ce décret « n'a pas entendu et ne pouvait d'ailleurs pas légalement limiter le contenu de cette convention à des prestations d'information ; qu'il doit, au contraire, être compris, compte tenu de l'objectif poursuivi par le législateur, d'une part, comme prévoyant que cette convention porte non seulement sur l'information mais aussi sur l'accueil et le soutien des étrangers, pour permettre l'exercice effectif de leurs droits, d'autre part, comme impliquant que l'Etat ne peut conclure une telle convention qu'avec des personnes morales présentant des garanties d'indépendance et de compétences suffisantes, notamment sur le plan juridique et social, pour assurer le bon accomplissement des missions d'accueil, de soutien et d'information prévues par la loi ; que, dans ces conditions, l'article 5 du décret attaqué n'est pas entaché d'incompétence négative ». Implicitement mais nécessairement, il invite ainsi le juge éventuellement saisi de la légalité des marchés publics passés dans ce cadre à s'assurer que les conventions comporteront bien ces éléments. Il reste qu'il n'est pas sur que le juge du référé précontractuel sera compétent pour ce faire mais plus sûrement le juge de l'excès de pouvoir et le juge du référé suspension.

- **L'arrêté du 19 janvier 2009 portant approbation du nouveau CCAG fournitures courantes et services apporte quelques nouveautés.** Il s'agit principalement de l'importation de la théorie de l'ordre de service en provenance du CCAG travaux, d'une nouvelle définition des pièces du marché (qui comporte toujours AE, CCAP, CCTP, CCAG, CCTG) qui ajoute l' « offre technique et financière » : mémoire technique, bordereau de prix, catalogue, détail estimatif, CV, plans. En revanche, le CCAG FCS n'impose toujours pas, contrairement au CCAG travaux, de mentionner l'article du CCAG auquel il est dérogé. Par ailleurs, il n'y a plus de justification à donner à la dérogation. On trouve également de nouvelles clauses : outre l'ordre de service, la protection de données à caractère personnel, la protection de l'environnement, la possibilité de faire des observations à réception du bon de commande, la dématérialisation, la maintenance, ou encore la recherche d'un règlement amiable. En ce qui concerne les marchés à bon de commande, le CCAG FCS prend en compte la jurisprudence existante sur les sanctions en cas de non respect du minimum et du maximum et admet que l'expiration des bons de commande puisse aller au-delà du délai du marché lui-même si le délai est raisonnable. Pour ce qui est du délai d'exécution, il n'est plus dit qu'en l'absence de délai, il est fait référence aux « usages de la profession », ceci afin d'inciter à prévoir un tel délai. Il est imposé un avis de vérification de la livraison en amont et cet avis doit être contradictoire afin d'éviter les litiges en aval. Les pénalités restent trop souvent lettre morte, il est prévu une extension des pénalités pour indisponibilité. Par ailleurs est introduite la possibilité de primes pour réalisation anticipée.

2 / AIDES PUBLIQUES

- **La Commission de Bruxelles doit particulièrement motiver ses décisions déclarant des aides incompatibles (CJCE 30 avril 2009, Commission c/ Italie, aff. C-494/06-P).** En l'espèce, elle aurait dû procéder à une analyse plus approfondie des effets potentiels des aides litigieuses sur les échanges entre États membres et sur la concurrence.
- **Application positive de la jurisprudence admettant la possibilité de ne pas récupérer une aide illégalement versée (CE 28 octobre 2009, VINIFLHOR, req. n° 302030).** La CJCE admet traditionnellement la possibilité de ne pas récupérer une aide illégalement versée (c'est-à-dire sans avoir été notifiée à l'avance à la Commission) lorsque la protection de la confiance légitime ou la disparition de l'enrichissement sans cause ou l'écoulement d'un délai le justifie (v. CJCE 21 sept. 1983 *Deutsche Milchkontor et autres*, aff. C-205/82 ; 13 mars 2008 *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening*, aff. C-383/06), et encore est-ce sous réserve que le bénéficiaire de l'aide n'ait pas été de mauvaise foi (CJCE 12 mai 1998 *Steff-Houllberg Export et autres*, aff. C-366/95) et que « l'application des règles nationales de récupération des aides se fasse de façon non discriminatoire au regard des procédures visant à trancher des litiges nationaux du même type et qu'elle ne porte pas atteinte à l'application et à l'efficacité du droit communautaire ou n'ait pas pour effet de rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile la récupération des sommes octroyées ». En l'espèce, le Conseil d'Etat annule l'arrêt de la CAA car celle-ci n'a pas recherché si la règle (jurisprudentielle) de retrait des actes administratifs devait être écartée ou interprétée, afin que la pleine efficacité du droit communautaire soit assurée. Régulant l'affaire au fond, il estime qu'en l'occurrence la règle nationale relative au délai de retrait des actes créateurs de droit limité à 4 mois

n'était pas incompatible avec ces exigences et qu'aucune règle communautaire n'avait fixé des règles de récupération des aides. En particulier, la règle contenue dans un règlement communautaire qui fixe à 4 ans le délai de récupération d'une aide communautaire ne vaut qu'en cas d'irrégularité commise par l'opérateur économique bénéficiaire de l'aide, ce qui n'était pas le cas en l'espèce puisque l'illégalité résultait d'une erreur de l'organisme public dans la détermination du champ d'application de l'aide.

- **Une taxe finançant une aide d'Etat n'a pas à être notifiée en l'absence de lien d'affectation contraignant entre les deux et en l'absence de rapport d'équivalence (CE 28 juillet 2009, Société Boucherie du marché et Société Montaudis, req. 312098).** Ces affaires font suite à la jurisprudence Gémo concernant la taxe sur la viande instituée en 1996 pour financer le service public de l'équarissage. Mais contrairement à l'affaire Gémo, la taxe en cause (qui concernait les années 2000-2003) ne finançait pas directement le régime d'aide d'Etat mais abondait le budget général de l'Etat. Pour estimer qu'il n'y avait plus de lien de connexité entre les deux, et donc pas d'obligation de notifier la taxe à la Commission de Bruxelles au titre du contrôle des aides d'Etat, le Conseil d'Etat se base en premier lieu sur le principe d'universalité budgétaire qui donnait ainsi un pouvoir discrétionnaire à l'Etat dans l'affectation de la taxe. Mais il va au-delà en procédant, à mots couverts, à un contrôle in concreto pour s'assurer qu'il n'y a pas eu de correspondances dans les faits entre le montant de la taxe et le montant de l'aide versée, ce qui n'avait jamais été fait par la CJCE dans ce genre de circonstances.

3 / DROIT PUBLIC DE LA CONCURRENCE

- **La CJCE définit la notion de service public à l'effet de déterminer le champ des bénéficiaires d'une exonération fiscale (CJCE 23 avril 2009, TNT Post UK Ltd, aff. C-357/07).** La notion de «services publics postaux», au sens de la sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977 relative à l'harmonisation des législations sur le chiffre d'affaires, vise des opérateurs, publics ou privés, qui s'engagent à assurer dans un Etat membre la totalité ou une partie du service postal universel, tel que défini à l'article 3 de la directive 97/67/CE du 15 décembre 1997. Par ailleurs, l'exonération prévue à l'article 13, A, paragraphe 1, sous a), de la sixième directive 77/388 s'applique à des prestations de services et à des livraisons de biens accessoires à ces prestations, à l'exception des transports de personnes et des télécommunications, que les services publics postaux effectuent en tant que tels, à savoir au titre de leur qualité d'opérateur qui s'engage à assurer dans un Etat membre la totalité ou une partie du service postal universel. Elle ne s'applique pas à des prestations de services ni à des livraisons de biens accessoires à ces prestations dont les conditions ont été négociées individuellement.
- **Le Conseil d'Etat suspend en référé les redevances aéroportuaires favorables à une compagnie aérienne « low cost » (CE ord. 28 juillet 2009, Société Air France).** En l'espèce, il y a urgence en raison du fait que le Conseil d'Etat a déjà annulé à deux reprises les redevances fixées pour deux compagnies utilisant un nouvel aérogare à l'aéroport de Marseille pour cause de distorsion de concurrence. Le doute sérieux tient notamment au fait que des dépenses de marketing pour la promotion des lignes de cette compagnie sont incluses dans les frais généraux des

deux aérogares et que les abattements consentis pour les deux premières années d'exploitation ne présentent pas un caractère limité, contrairement à ce qu'exige un règlement communautaire.

- **La Cour de justice rejette le recours de la Commission contre la législation italienne réservant aux seuls pharmaciens le droit d'exploiter une pharmacie (CJCE 19 mai 2009, Commission c/ Italie, aff. C-531/06 ; voir aussi affaire C-171/07 pour la Hollande).** La Commission estimait que la république italienne avait manqué à ses obligations en maintenant en vigueur une législation qui réserve le droit d'exploiter une pharmacie de détail privée aux seules personnes physiques titulaires d'un diplôme de pharmacien et aux sociétés d'exploitation composées exclusivement d'associés qui sont pharmaciens, et en maintenant en vigueur des dispositions législatives qui établissent l'impossibilité, pour les entreprises de distribution de produits pharmaceutiques (ci-après les «entreprises de distribution»), de prendre des participations dans les sociétés d'exploitation de pharmacies communales. La CJCE lui donne tort en estimant que, s'il y avait bien restriction à la liberté d'établissement à la libre circulation des capitaux, cette restriction était justifiée car la protection de la santé publique figure parmi les raisons impérieuses d'intérêt général qui permettent des restrictions aux libertés de circulation garanties par le traité.

- **Le Conseil d'Etat étend l'opposabilité des règles de concurrence aux mesures de police administrative générale** (CE 15 mai 2009, Société Compagnie des bateaux-mouches). On sait que le droit de la concurrence a été intégré au bloc de légalité administrative (CE Sect. 3 nov. 1997 Société Million et Marais), ce qui suppose que les personnes publiques ne doivent pas placer les entreprises en situation d'abuser de leur position dominante ou de participer à des ententes. Par hypothèse, ce droit de la concurrence est susceptible d'être invoqué à l'égard de tous les actes administratifs mais en pratique il l'est surtout à l'égard des contrats administratifs et des actes d'occupation du domaine public. Après l'avoir appliqué à un acte de police administrative spéciale en 2000 (police de l'affichage – CE 22 nov. 2000, Société L et P publicité), le Conseil d'Etat en fait ici application à une mesure prise en vertu des pouvoirs de police administrative générale. En l'occurrence, l'arrêté en cause prévoyait que le nombre minimal de membres d'équipage obligatoire pour des bateaux mouches ne serait plus fonction du nombre maximal de passagers à bord mais de la capacité maximale du bateau. Cette mesure imposait de posséder des bateaux ayant une capacité d'accueil supérieure au seuil retenu par l'arrêté contesté, d'embarquer plus de personnel et ainsi d'augmenter ses coûts. Pour le Conseil, « s'il ressort des pièces du dossier, et qu'il n'est pas contesté, que la société requérante est la seule compagnie organisant des croisières sur la Seine à posséder des bateaux ayant une capacité d'accueil supérieure à six cents passagers, cette seule circonstance ne suffit pas pour permettre de considérer que les mesures de police édictées par l'arrêté attaqué porteraient atteinte aux règles de la concurrence ou méconnaîtraient le principe d'égalité, dès lors que la mesure adoptée repose, au regard de sa finalité, sur des critères objectifs au regard desquels elle revêt un caractère proportionné ». Il semble ainsi que le requérant invoquait la violation des règles de concurrence dont...il est en réalité bénéficiaire. Par ailleurs, le juge estime justifiée les mesures de réglementation et donc non attentatoire à la liberté du commerce et de l'industrie : « En prescrivant, dans un objectif d'amélioration de la sécurité des passagers, de calculer l'effectif minimal de l'équipage en fonction de la capacité maximale du bateau, l'arrêté attaqué prévoit des mesures nécessaires et

proportionnées dès lors que, d'une part, l'objectif de sécurité des passagers suppose de prendre en compte, pour la détermination de la composition de l'équipage exigée, non seulement le nombre de passagers présents à bord ou susceptibles de l'être, mais aussi la taille, le tonnage et la manœuvrabilité du bateau et que, d'autre part, l'exigence d'un nombre de matelots variable selon le nombre de passagers admis à bord des bateaux ne permettait pas un contrôle effectif de la mise en œuvre, par les compagnies, de la réglementation relative à l'équipage des bateaux de croisière navigant sur la Seine ».

- **Le Conseil d'Etat sanctionne une interdiction générale concernant des produits contenant des nitrites comme étant disproportionnée (CE 15 mai 2009, Société France conditionnement création et autres, req. 312449).** Si le Ministre n'a pas commis une appréciation manifestement inexacte de la gravité du danger que peuvent représenter les produits contenant ces substances, les accidents survenus résultent en général d'usages anormaux des produits considérés ; en conséquence, la mesure d'interdiction générale était disproportionnée alors que les dispositions de l'article L. 221-3 du code de la consommation permettent également de réglementer, notamment, l'étiquetage, le conditionnement ou le mode d'utilisation de ces produits.

- **L'Etat est responsable pour n'avoir pas mis en place une procédure de mise sur le marché simplifiée en application d'une directive communautaire (CE 24 juillet 2009, Ministre de l'Agriculture et de la pêche, req. n° 296140).** Pour le Conseil d'Etat, « il appartenait aux Etats membres de transposer la directive 91/414/CEE du Conseil du 15 juillet 1991 relative à la mise sur le marché des produits phytopharmaceutiques en prévoyant une procédure d'autorisation de mise sur le marché, notamment pour les produits phytopharmaceutiques importés à partir d'autres Etats membres ; (...) les dispositions de la directive précitée relatives à la procédure de délivrance d'une autorisation de mise sur le marché ne sont pas applicables aux importations de produits phytopharmaceutiques dites parallèles, c'est-à-dire aux importations de produits autorisés dans un Etat membre, dit Etat d'origine, dont les substances actives, les formules et les effets sont identiques à ceux d'autres produits déjà autorisés dans un autre Etat membre, dit Etat de destination (...) ; que, pour de telles importations, il incombait aux Etats membres de prévoir une procédure spécifique, nécessairement distincte de la procédure applicable à la mise sur le marché de produits importés, ayant pour seul objet de vérifier, outre l'existence d'une origine commune, que les produits phytopharmaceutiques autorisés dans l'Etat d'origine et dans l'Etat de destination, sans être en tous points identiques, ont, à tout le moins, été fabriqués suivant la même formule et en utilisant la même substance active et ont en outre les mêmes effets compte tenu des différences qui peuvent exister dans les conditions agricoles, phytosanitaires et environnementales, notamment climatiques, d'utilisation des produits ». En conséquence, le requérant est fondé à demander une indemnité car « il appartient au juge, saisi par un opérateur économique qui demande réparation des préjudices résultant du manquement commis par l'Etat, de déterminer s'il résulte de l'instruction que cet opérateur a été dissuadé ou empêché, du fait de l'absence d'une procédure spécifique, de se livrer à des importations parallèles, sans qu'il soit nécessaire que cette entreprise, pour justifier d'un lien direct entre la faute commise et le préjudice qu'elle invoque et dont il lui appartient de démontrer l'étendue, ait déposé des demandes d'autorisation ».

- **Si le droit de grève constitue bien une liberté fondamentale au sens du référé-liberté de l'article L 521-2 du CJA, les mesures prise par EDF pour assurer le fonctionnement des centrales nucléaires n'y portent pas atteinte de manière suffisamment grave et immédiate** (CE ord. 7 juillet 2009, Fédération nationale des Mines et de l'énergie CGT). En effet, les mesures litigieuses n'ont « pas pour objet et pour effet de contraindre l'ensemble des personnels des tranches visées à remplir un service normal mais seulement de répondre de la continuité des fonctions indispensables pour assurer la remise en service des réacteurs arrêtés dans les délais et éviter des conséquences graves dans l'approvisionnement électrique du pays ».
- **Le maire d'une commune peut légalement prendre un arrêté d'interdiction de fonctionnement d'une centrale hydro-électrique au vu de rapports de bureaux d'études faisant état de menace d'effondrement, même si postérieurement un rapport d'expert établit l'absence de risque** (CE 31 août 2009, Commune de Crégols). En revanche, il engage la responsabilité de la commune pour le préjudice né de l'absence d'exploitation pour la période courant entre la remise du rapport de l'expert et l'abrogation de l'arrêté.
- **Un préfet ne peut pas interdire l'exercice de la chirurgie esthétique en se fondant sur la disposition du code de la consommation qui lui permet de prendre toute mesure dans des situations d'urgence en cas de danger grave ou immédiat pour les consommateurs** (CE 25 septembre 2009, M. Robert V.). En l'occurrence, le médecin pratiquait la chirurgie esthétique et vasculaire sans être titulaire des autorisations exigées par la réglementation en vigueur. Le préfet aurait pu le lui interdire sur le fondement de l'article L 4114-13 du code de la santé publique mais le Conseil d'Etat ne pouvait opérer une substitution de base légale faute pour le préfet d'avoir fait bénéficier le requérant des garanties procédurales prévues au code de la santé publique.
- **La Commission nationale d'équipement commercial ne peut être saisie pour confirmer une décision d'autorisation d'une commission départementale d'équipement commercial (CE 7 octobre 2009, Société distribution du Bourget)**. En conséquence, la décision de la commission nationale qui n'avait pas rejeté la demande est annulée et l'ordonnance du tribunal administratif rejetant le recours contre la décision de la commission départementale au motif de la saisine de la commission nationale est déclarée nulle et non avenue.
- **La validation législative des autorisations d'équipement commercial est conforme au droit à un procès équitable (CE 18 novembre 2009, Société établissements Pierre Fabre, req. n° 307862)**. On sait que les validations législatives sont désormais très contrôlées au regard de l'exigence du procès équitable posée par l'article 6§1 de la CEDH. La CEDH n'empêche pas toutefois de telles validations en présence d'impérieux motifs d'intérêt général. Tel était le cas, selon le Conseil d'Etat, à propos de la loi qui avait validé les autorisations d'équipement commercial contestées par le moyen tiré du caractère non nominatif de l'arrêté préfectoral fixant la composition de la commission départementale d'équipement commercial : il s'agissait de limiter, eu égard à l'importance économique du secteur en cause, l'insécurité juridique découlant, pour les entreprises bénéficiaires des autorisations et pour les personnes ayant conclu des contrats avec ces entreprises, du risque d'annulations contentieuses car susceptibles

d'avoir des conséquences négatives importantes sur le service offert aux consommateurs et sur l'emploi. Une solution peut-être discutable.

- **Une réglementation nationale peut interdire les activités de jeux de hasard en ligne par une société implantée en dehors du territoire national afin de lutter contre la fraude et la criminalité (CJCE 8 septembre 2009, Liga profesional de futbol profesional, aff. C-42/07).** En effet, le simple fait que la société soit établie sur le territoire d'un autre Etat-membre et qu'elle fasse l'objet de contrôles ne saurait être considéré comme une garantie suffisante de protection des consommateurs nationaux. En outre, « en raison du manque de contact direct entre le consommateur et l'opérateur, les jeux de hasard accessibles par l'Internet comportent des risques de nature différente et d'une importance accrue par rapport aux marchés traditionnels de tels jeux en ce qui concerne d'éventuelles fraudes commises par les opérateurs contre les consommateurs. Par ailleurs, ne saurait être exclue la possibilité qu'un opérateur qui parraine certaines des compétitions sportives sur lesquelles il prend des paris ainsi que certaines des équipes participant à ces compétitions se trouve dans une situation qui lui permette d'influencer directement ou indirectement le résultat de celles-ci et ainsi d'augmenter ses profits ». La CJCE semble admettre implicitement que les règles européennes ne sauraient suffire puisqu'elle n'exige pas que la société soit établie dans l'union européenne et admet qu'elle doive être établie dans un Etat-membre.

4 / BIENS ET TRAVAUX PUBLICS

L'exécution d'office d'une démolition ordonnée par le juge (ici pénal) n'est pas constitutive d'une voie de fait et la juridiction administrative est compétente pour apprécier l'éventuelle responsabilité de la personne publique dans cette exécution (Civ. 3, 9 septembre 2009, société Palmetto). La société requérante jugeait que la démolition avait dépassé ce qui était ordonné par le juge pénal. Pour la Cour de cassation, l'examen de cette éventuelle faute de l'Etat relève de la compétence de la juridiction administrative.

- **Une décision portant reclassement dans la voirie d'une collectivité territoriale fait courir le délai de recours à son encontre à compter de sa publication car il ne s'agit ni d'une décision réglementaire ni d'une décision individuelle (CE 25 septembre 2009, Commune de Coulomby).**

Suite au classement d'une déviation d'une route nationale en autoroute, puis d'un déclassement et d'un reclassement de l'ancienne portion de route dans le domaine public d'une commune, celle-ci a demandé l'annulation du décret portant reclassement de la section de la route nationale en cause dans la voirie communale. La question portait sur le point de départ du délai de recours, ce qui impliquait de savoir si l'on était en présence d'une décision individuelle qui devait être notifiée. Compte tenu de la réponse, le recours est jugé hors délai car postérieur au délai de deux mois de droit commun.

- **Une commune ne peut vendre un bien de son domaine privé pour une valeur inférieure à 30% de l'estimation du service des domaines. Par ailleurs, si la vente d'un bien d'une commune à un prix inférieur à sa valeur est illégale, la société qui occupait le bien vendu ne peut être indemnisée que si la perte de chance de rester dans les lieux est sérieuse (CE 25 septembre 2009, Commune de Courtenay, req. n° 298918).** Le premier point est classique : sauf à justifier que ce rabais entre dans le régime des aides des collectivités locales à une entreprise ou réponde à un motif d'intérêt général, ce qui n'était pas le cas ici, la vente d'un bien d'une personne publique à un prix inférieur à sa valeur vénale est illégale. En l'espèce, l'estimation minimale du service des domaines était de 710 000 euros et la ville avait vendu le bien 533 571 euros. Mais l'arrêt de la Cour est annulé car, en fixant l'indemnité à verser à la société qui avait dû quitter les lieux (le préjudice étant évalué à 100 000 euros), elle n'a pas recherché le caractère sérieux de la perte de chance de se maintenir dans les lieux. L'affaire est renvoyée à la même cour administrative d'appel pour trancher ce point.

- **Le délai de validité d'un acte déclaratif d'utilité publique est suspendu entre la date d'une décision juridictionnelle prononçant son annulation et celle de la décision statuant de façon définitive sur la légalité de cet acte (CE 14 octobre 2009, M. Daniel).** Par suite, lorsque le recours en excès de pouvoir est finalement rejeté, même plus de 5 ans après, le délai de validité recommence à courir pour la durée restante à compter de la date de lecture de cette décision juridictionnelle, à condition qu'aucun changement dans les circonstances de droit ou de fait n'ait fait perdre au projet son caractère d'utilité publique.

- **Le maître d'ouvrage public ne peut appeler en garantie l'entrepreneur, pour les dommages causés au tiers par un ouvrage public réceptionné, qu'en cas de présence des conditions de la garantie décennale, de stipulations contraaires ou de manœuvres dolosives ou frauduleuses (CE 13 novembre 2009, Société Screg Est, req. n° 306061).** Cette solution, contraire à la jurisprudence judiciaire, a été posée par un arrêt SA Forer de 1980 et confirmée à de nombreuses reprises malgré l'appel de plusieurs commissaires du gouvernement à s'aligner sur la jurisprudence judiciaire. Si en l'espèce le Conseil d'Etat confirme le principe et les exceptions traditionnelles, il admet que les conditions d'engagement de la responsabilité décennale étaient présentes : les désordres n'étaient pas apparents à la réception et le dommage au tiers résultait de la carence de l'entreprise à remplacer une canalisation de raccordement d'eau de pluie au collecteur. Une solution qui peut paraître généreuse au regard des conditions traditionnellement requises pour admettre qu'un ouvrage est impropre à sa destination.

- **Il n'y a pas de fond de commerce sur le domaine public mais le titulaire d'une convention d'occupation domaniale a droit à indemnisation, sauf clause contraire, en cas de résiliation par la personne publique pour motif d'intérêt général (CE 29 juillet 2009, Société Johnatan Loisir, req. n° 316534).** Sur le premier point, le Conseil d'Etat rejette clairement l'idée de fond de commerce sur le domaine public, en dépit de la solution contraire adoptée par la Cour de Cassation (Cass. Civ. 9 avril 2002, Richard et société BHI, solution implicite) et par certaines juridictions administratives du fond (par exemple, CAA Marseille, 23 novembre 2004, Société les Sunlights, req. n°01MA02186) ainsi que de la proposition du rapporteur public de l'admettre. Alors que précédemment, le Conseil d'Etat avait rejeté l'existence d'un fond de commerce en raison de l'absence de

clientèle propre, ce qui laissait entrouverte la porte d'une solution contraire en présence d'une telle clientèle, il rejette définitivement la possibilité d'un fond de commerce sur le domaine public en la fondant sur le caractère révocable, pour motif d'intérêt général, des occupations privatives du domaine public, et sur le caractère personnel et incessible de ces autorisations. En revanche, et contrairement à la Cour qui avait jugé que l'absence de clauses prévoyant une indemnité en cas de résiliation pour motif d'intérêt général excluait toute responsabilité, il juge que toute résiliation d'une convention d'occupation du domaine public entraîne indemnisation de l'entier préjudice direct et certain, sauf disposition contractuelle contraire. En ce qui concerne le préjudice, celui-ci inclut la perte des bénéfices découlant d'une occupation du domaine conforme aux prescriptions de la convention et des dépenses exposées pour l'occupation normale du domaine. En l'espèce, la société est fondée à demander la réparation du préjudice tenant, d'une part, en la perte de la valeur de la licence acquise pour la vente de boissons pour un montant de 6 097,96 euros, laquelle ne pouvait être transférée hors de la commune et, d'autre part, en l'impossibilité d'amortir totalement les éléments d'ameublement de son patrimoine, constitués en vue d'un usage conforme aux prescriptions de la convention, pour un montant de 3 610 euros. En revanche, la société, « qui n'a pas demandé une indemnisation au titre d'une perte de bénéfice, n'établit pas l'existence d'un préjudice direct, matériel et certain, lié au non-remboursement des taxes foncières et au surloyer auquel elle avait contractuellement consenti pendant les premières années de l'occupation du domaine ».

5 / URBANISME ET ENVIRONNEMENT

La directive du 25 juin 1985 implique de communiquer les motifs justifiant de ne pas soumettre un projet à une évaluation de ses incidences sur l'environnement (CJCE 30 avril 2009, Mellor, aff. C-75/08). En revanche, ces motifs n'ont pas nécessairement à figurer dans la décision elle-même, ils peuvent très bien n'être communiqués qu'à la demande de toute personne intéressée. La motivation est suffisante dès lors que les motifs qu'elle contient, ajoutés aux éléments déjà portés à la connaissance des intéressés et éventuellement complétés par les informations que l'administration est tenue de donner sur demande, permettent à toute personne de juger de l'opportunité d'un recours.

- **Le Conseil d'Etat sanctionne une information insuffisante dans le dossier de création d'une ZAC (CE 3 septembre 2009, Commune de Nord-sur-Erdre, 309162).** Ce dossier doit en effet comporter une description de l'état du site et de son environnement, et cet environnement peut comprendre les autres opérations d'urbanisme en cours ou en projet dans l'environnement du site. Or, le dossier avait omis d'indiquer un projet de création d'une autre ZAC et le dépôt d'un permis de lotir à proximité du projet de ZAC ; cette omission a été jugée irrégulière.
- **Le Conseil d'Etat juge que les dispositions de la loi du 13 juillet 1992 qui laissaient au pouvoir réglementaires le soin de déterminer les modalités d'information du public sur les effets de la dissémination volontaire d'OGM, ont été implicitement mais nécessairement abrogées par la charte de l'environnement adoptée par la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005 (CE 24 juillet 2009, CRII-Gen).**

- **Des précisions quant au lien entre ICPE et permis de construire (CE 14 octobre 2009, société Eurovia Lorraine, n° 327930).** Le Conseil d'Etat estime, en référé-suspension, que l'expiration du délai d'un mois à la suite de la clôture de l'enquête publique pour une installation classée pour la protection de l'environnement a fait naître une décision d'autorisation tacite de permis de construire. En conséquence, la décision du maire refusant de délivrer le permis de construire doit être regardée comme un retrait d'une autorisation tacite intervenue hors délai et est illégale. Par ailleurs, il y a urgence à suspendre la décision administrative dans la mesure où la promesse de bail dont était bénéficiaire la société requérante expirait au 31 décembre 2009 et avait été signée sous condition suspensive d'obtention du permis de construire.

- **L'annulation de la réglementation d'urbanisme ne rend pas illégal le permis pris sur son fondement (CE 16 novembre 2009, SARL Les résidences de Cavalières, req. n° 308623).** Le Conseil d'Etat reprend la jurisprudence Commune de Courbevoie (CE sect. 7 févr. 2008), rendue à propos d'une exception d'illégalité de la réglementation d'urbanisme, dans l'hypothèse d'une annulation par voie d'action de cette réglementation : « si un permis de construire ne peut être délivré que pour un projet qui respecte la réglementation d'urbanisme en vigueur, il ne constitue pas un acte d'application de cette réglementation ; que, par suite, un requérant demandant l'annulation d'un permis de construire ne saurait utilement se borner à soutenir qu'il a été délivré sous l'empire d'un document d'urbanisme illégal, quelle que soit la nature de l'illégalité dont il se prévaut, ni à demander l'annulation de ce permis par voie de conséquence de celle du document sur le fondement duquel il a été accordé ; que, cependant, il résulte de l'article L. 125-5 devenu L. 121-8 du code de l'urbanisme que l'annulation pour excès de pouvoir d'un document d'urbanisme a pour effet de remettre en vigueur le document d'urbanisme immédiatement antérieur ; que, dès lors, il peut être utilement soutenu devant le juge qu'un permis de construire a été délivré sous l'empire d'un document d'urbanisme annulé - sous réserve, en ce qui concerne les vices de forme ou de procédure, des dispositions de l'article L. 600-1 du même code -, à la condition que le requérant fasse en outre valoir que ce permis méconnaît les dispositions pertinentes ainsi remises en vigueur ».

- **Un maire ne peut interdire de façon permanente, en vertu de ses pouvoirs de police administrative générale, l'occupation d'un logement pour cause de risque d'inondation (CE 21 octobre 2009, Mme Roger, req. n° 310470).** Cela tient au fait qu'il existe en réalité d'autres procédés préventifs, que rappelle d'ailleurs le Conseil d'Etat de manière très pédagogique : « que le maire de Collias pouvait demander au préfet d'engager la procédure d'expropriation prévue par l'article L. 561-1 du code de l'environnement s'il estimait que les conditions en étaient réunies ; que le maire pouvait également, en vertu des pouvoirs de police générale qu'il tient des dispositions précitées des articles L. 2212-2 et L. 2212-4 du code général des collectivités territoriales, prendre des mesures temporaires ou limitées de prévention ou de sauvegarde ; qu'en revanche, il ne lui appartenait pas, sur le fondement de ces mêmes dispositions, de prendre une mesure permanente et définitive privant la propriétaire actuelle de l'usage de son bien en interdisant toute occupation de l'immeuble dans l'attente d'une éventuelle acquisition amiable par la commune ; que, par suite, la cour n'a pu, sans entacher son arrêt d'une erreur de droit, juger légale cette mesure de police ».

- **L'annulation d'un POS n'entraîne la responsabilité de la Commune et de l'Etat que dans de strictes conditions (CE 28 octobre 2009, Ministre des transports, req. n° 299753).** Pour le Conseil d'Etat, « Si la commune [...], en classant les terrains en cause en zone constructible puis en créant la zone d'aménagement concerté [...] et en approuvant le plan d'aménagement de cette zone, ainsi que l'Etat, en donnant son accord à la création de la zone, ont commis des fautes de nature à engager leur responsabilité, le préjudice résultant pour les acquéreurs des terrains de la différence entre le prix auquel ils ont acquis ces terrains et la valeur réelle de ces derniers, à leur date d'acquisition, compte tenu de l'interdiction de construire dont ils étaient frappés en vertu de l'article L. 146-6 du code de l'urbanisme, trouve son origine directe non pas dans les actes ayant permis l'aménagement de la zone puis ultérieurement la vente des terrains, qui ne conféraient aucun droit à construire, mais dans les contrats de vente passés entre les acquéreurs et l'aménageur de la zone, lesquels pouvaient prévoir, en particulier, que la vente n'était conclue que sous réserve de l'obtention des permis de construire ».

6 / CONTENTIEUX

- **La transposition de la directive recours modifie substantiellement le code de justice administrative (Ordonnance du 7 mai 2009 et décret du 27 novembre 2009).** En premier lieu, l'ordonnance renforce le référé précontractuel. Son champ d'application est étendu désormais à tous les contrats dits de la commande publique (expression énigmatique) et plus précisément à tout contrat « ayant pour objet l'exécution de travaux, la livraison de fournitures ou la prestation de services, avec une contrepartie économique constituée par un prix ou un droit d'exploitation, ou la délégation d'un service public ». En conséquence, il ne fait pas de doute que les concessions d'aménagement, les concessions de travaux de l'ordonnance du 15 juillet 2009 et les BEA dits allers-retours sont désormais concernés. On peut se poser la question de savoir si la définition n'est pas excessivement large puisqu'elle pourrait peut-être inclure les conventions d'occupation du domaine public, du moins si leur soumission au principe de transparence était confirmée. Par ailleurs, le recours est désormais suspensif en première instance. Aucun délai n'est prescrit au juge pour se prononcer. Le texte consacre aussi le pouvoir du juge de prononcer d'office certaines mesures, que le Conseil d'Etat avait admis dans la jurisprudence Commune d'Andeville, tout en le soumettant au principe du contradictoire. Enfin, il réserve le cas de l'intérêt général qui permet au juge de ne pas donner suite à la demande alors que l'illégalité est établie, une telle réserve n'étant prévue jusqu'alors que pour les entités adjudicatrices. On note par ailleurs une très grande ressemblance entre référé précontractuel devant le juge administratif et devant le juge judiciaire, la seule différence tenant à l'absence de pouvoirs d'office pour ce dernier. Enfin, le décret d'application du 27 novembre 2009 fixe le délai dit de standstill à 16 jours (11 jours en cas de transmission par voie électronique).

En second lieu, l'ordonnance crée un référé contractuel ouvert donc une fois le contrat signé, à condition toutefois que le référé précontractuel n'ait pas été exercé. Cette nouvelle procédure de référé emprunte beaucoup de traits au référé précontractuel : il s'agit d'un référé mais qui permet de prononcer des mesures définitives, qui concerne les mêmes requérants pour les mêmes contrats. La principale différence tient sans doute, bien que les auteurs ne soient pas unanimes sur ce point, aux moyens invocables : alors qu'une formule pourrait laisser croire

que tous moyens peuvent être invoqués (« des manquements »), l'examen des pouvoirs du juge permet de conclure que ce référé contractuel n'est ouvert que pour 3 types de manquements : l'absence de publicité ou l'absence de publicité communautaire alors que celles-ci étaient requises, le non respect des conditions de remise en concurrence des marchés subséquents à la suite d'un accord-cadre ou d'un système d'acquisition dynamique, le non respect de la période dite de « standstill » entre l'information du rejet des offres et la signature du contrat. Dans certains cas, la nullité est automatique, dans d'autres (comme par exemple des raisons impérieuses d'intérêt général) il est prévu des sanctions alternatives, notamment des sanctions financières.

- **Le Conseil d'Etat encadre les pouvoirs d'injonction du juge du référé-suspension (CE 20 mai 2009, Ministre de la Défense, req. n°317098).** Après avoir admis qu'il y avait urgence à suspendre la décision rejetant la candidature du requérant à un poste de sous-officier en raison d'une (probable) erreur manifeste d'appréciation, le Conseil d'Etat juge que l'injonction d'intégrer ce candidat dans une école de sous-officier, sans lui donner un caractère provisoire, excède les pouvoirs du juge du référé-suspension.
- **Le Conseil d'Etat applique le référé précontractuel de l'article L 551-1 du CJA à un contrat de travaux passé par une société à capitaux privés concessionnaire d'autoroute avec une autre société (CE 1^{er} avril 2009, Société des autoroutes du sud de la France, req. n°315586).** Après avoir estimé implicitement qu'un tel contrat est administratif, comme il est admis depuis la jurisprudence Société entreprise Peyrot (TC 8 juillet 1963, rec. p. 787), le Conseil d'Etat juge le référé précontractuel du CJA ouvert, non en vertu du texte même de cet article, qui ne s'applique qu'aux pouvoirs adjudicateurs, ce que ne sont plus les sociétés concessionnaires d'autoroute depuis leur privatisation, mais à raison des dispositions des articles 9, 11 et 11-2 de la loi du 3 janvier 1991 relatifs aux marchés de travaux des concessionnaires de travaux.
- **Un nouveau cas de contrat administratif entre personnes privées (CE 2 juin 2009, Sté Aéroport de Paris, n°323594).** Le contrat passé par la société ADP est administratif en raison de son objet (missions de police) alors même qu'ADP agit comme entité adjudicatrice. En conséquence, le contentieux de sa passation relève de la compétence du juge administratif des référés précontractuels. Par ailleurs, la signature du contrat nonobstant une injonction du juge des référés de surseoir à la signature rend la requête sans objet, alors que le Conseil d'Etat avait jugé en sens inverse pour un contrat passé par un pouvoir adjudicateur.
- **Une société peut intenter un référé précontractuel devant le juge administratif à l'encontre d'un marché passé par une société d'autoroute, à moins que le marché n'atteigne pas le seuil à partir duquel s'impose des obligations de publicité (CE 30 septembre 2009, Société des autoroutes Paris-Rhin-Rhône).** Le Conseil d'Etat confirme que les contrats passés par les sociétés d'autoroutes peuvent être des contrats administratifs et que le juge du référé précontractuel peut être saisi à l'effet de vérifier la bonne application de la loi du 3 janvier 1991 qui soumet la passation des contrats des sociétés concessionnaires de travaux publics à des règles de publicité (mais non de mise en concurrence). En revanche, le Conseil d'Etat estime qu'il ne peut être saisi que pour des contrats d'un montant supérieur au seuil défini par les textes en vigueur, en l'espèce un arrêté du

9 février 1994, et qu'ici ce seuil n'était pas atteint. Il est permis de se demander si le principe de transparence n'aurait pas pu être invoqué néanmoins et si cela n'aurait pas pu rendre recevable le référé.

- **En cas d'exercice d'un recours gracieux et d'un recours hiérarchique, le délai de recours contentieux est suspendu jusqu'au rejet de ces deux recours (CE 7 octobre 2009, M. Ouahrirou, n° 322581).**

7 / ACTES ADMINISTRATIFS

- **Les actes créateurs de droit ne peuvent désormais être abrogés que dans des conditions identiques à celles du retrait** (CE 6 mars 2009, Coulibaly). Pour le Conseil d'Etat, « sous réserve de dispositions législatives ou réglementaires contraires, et hors le cas où il est satisfait à une demande du bénéficiaire, l'administration ne peut retirer ou abroger une décision expresse individuelle créatrice de droits que dans le délai de quatre mois suivant l'intervention de cette décision et si elle est illégale ». En l'espèce, la décision d'inscription au tableau de l'ordre des chirurgiens dentistes est créatrice de droits et le conseil de l'ordre ne pouvait, en l'absence de fraude, décider plus de quatre mois après celle-ci de radier un praticien au motif que les diplômes au vu desquels il a été inscrit n'auraient pas été de nature à permettre légalement son inscription.
- **L'abrogation d'un texte abrogeant un autre texte n'a pas pour effet de faire revivre le texte abrogé, sauf exceptions (CE 28 septembre 2009, Société coopérative agricole l'Armorique maraîchère, req. n° 306708).** Au titre des exceptions, le Conseil d'Etat rappelle qu'une telle remise en vigueur ne peut intervenir que si l'autorité compétente le prévoit expressément et, par ailleurs, il ajoute le cas où une disposition « a pour seul objet d'abroger une disposition qui n'avait elle-même pas eu d'autre objet que d'abroger ou de modifier un texte ». Encore faut-il que la volonté de l'autorité compétente de remettre en vigueur le texte (ou la disposition) concerné(e) dans sa version initiale ne fasse pas de doute. En l'espèce, le Conseil d'Etat s'appuie sur les travaux parlementaires ayant précédé l'adoption d'une loi du 8 juillet 1998 pour estimer que le législateur a voulu, en supprimant une abrogation résultant d'une loi de 1982, faire revivre des dispositions du dernier alinéa de l'article 14 de la loi du 8 août 1962 rendant obligatoire l'adhésion de producteurs reconnus au comité économique agricole. On ne saurait dire si cette solution jurisprudentielle contribue à l'intelligibilité de la norme juridique.
- **L'Etat ne peut mettre en recouvrement une créance sans indiquer, soit dans le titre lui-même, soit par une référence précise à un document joint à ce titre ou précédemment adressé au débiteur, les bases et les éléments de calcul sur lesquels il se fonde pour mettre les sommes en cause à la charge de ce débiteur** (CE 25 septembre 2009, M. Torre). Le Conseil d'Etat affirme ce nouveau principe à l'occasion d'un litige portant sur la validité d'une créance de l'Etat correspondant à la récupération des frais de démolition d'office de constructions érigées sur le domaine public : « la seule référence dans un titre de perception à l'intitulé d'un litige et d'une décision administrative ne peut constituer l'indication des bases de liquidation d'une créance au sens de l'article 81 du décret du

29 décembre 1962 si aucun document explicitant le contenu de ces mentions n'est joint à ce titre ou n'a été porté antérieurement à la connaissance du débiteur ».

- **Adaptation du principe de la légalité des délits et des peines à une sanction administrative adressée à un membre d'une profession réglementée (CE12 octobre 2009. M. Petit, req. n° 311641).** Le principe de légalité des délits et des peines, d'origine pénale, s'applique de longue date à une sanction administrative (CE 9 oct. 1996, *Société Prigest*, n° 170363). Il n'en va traditionnellement pas ainsi pour la répression disciplinaire des agents publics. Fallait-il faire la même exception pour la répression disciplinaire des professions réglementées comme celle de commissaire aux comptes ? Le Conseil d'Etat ne l'a pas jugé bon et a estimé que le principe de légalité des délits devait ici s'appliquer. Mais il admet une certaine atténuation du principe en l'espèce, en exigeant non une stricte définition des incriminations à la manière pénale mais en se contentant d'une « référence à des obligations auxquelles les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent, de la profession à laquelle ils appartiennent ou de l'institution dont ils relèvent ».

- **Le comptable public n'est pas tenu de demander les justificatifs de rattachement de la dépense au service (CE 21 octobre 2009, Ministre du budget, req. n° 306960).** En effet, rappelle le Conseil d'Etat, « les comptables doivent exercer leur contrôle sur la production des justifications mais [...] alors même qu'il leur appartient, pour apprécier la validité des créances, de donner aux actes administratifs une interprétation conforme à la réglementation en vigueur, ils n'ont pas le pouvoir de se faire juges de leur légalité ». En l'espèce, il ne revenait pas au comptable de vérifier que des dépenses engagées pour des cadeaux faits à des agents d'une agence régionale d'hospitalisation et à leur famille à l'occasion de départs à la retraite ou d'événements familiaux de ces agents étaient rattachables au service.