

# Veille Juridique

Octobre 2022



## À NE PAS MANQUER CE MOIS-CI ...

### ARCHITECTURE ET CONSTRUCTION

- L'accès à la pleine propriété par les Universités – **Page 2**
- Cour d'appel de Paris - Pôle 4 - Chambre 5  
21 septembre 2022 / n° 18/26721 – **Page 2**
- Le retour des biens publics immatériels – **Page 8**
- L'abandon de la jurisprudence SMIRGEOMES confirmé par les juges du référé précontractuel – **Page 10**

### DROIT DE L'URBANISME

- L'intérêt à agir contre une autorisation d'urbanisme ne se perd pas – **Page 4**
- Mise à jour des formulaires relatifs aux autorisations d'urbanisme – **Page 5**
- Décision de préemption annulée : Une victoire à la Pyrrhus – **Page 6**

### COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

- Le respect à la vie privée des personnes morales – **Page 13**
- Marchés privés – **Page 14**
- Responsabilité décennale et autres garanties des constructeurs – Marchés privés et Responsabilité des fournisseurs et fabricants – **Page 14**
- Travaux et ouvrages publics- **Page 15**

### CONTRATS ET MARCHÉS PUBLICS

- Les conditions de régularité des méthodes de notation et des éléments d'appréciation pris en compte pour l'évaluation des critères d'attribution des concessions – **Page 7**

### L'accès à la pleine propriété par les universités

*407 Cour des Comptes Rapport : « L'immobilier universitaire, Du défi de la croissance à celui du transfert de propriété »*

La Cour des Comptes a, dans son rapport, émis des recommandations afin de faciliter l'accès à la pleine propriété par les universités, permettant leur autonomie.

Pour répondre aux questions de la valorisation du parc immobilier ainsi que de la capacité à se procurer des revenus récurrents, la Cour des

Comptes préconise l'utilisation d'audit afin de mieux connaître ce patrimoine. Elle encourage aussi l'utilisation de filiales immobilières, assurant une transparence des financements et renforçant la responsabilisation des acteurs.

### Cour d'appel de Paris - Pôle 4 - Chambre 5 21 septembre 2022 / n° 18/26721

La Bank SEPAH a contacté un cabinet d'architecte pour la réalisation de travaux dans un ensemble immobilier qu'elle venait d'acquérir. Un projet de contrat d'architecte a été réceptionné par la Bank SEPAH. La société APERTURE ARCHITECTURE a transmis aux sociétés consultées un courrier le 16 septembre 2016 visant une clause de confidentialité.

Le descriptif sommaire des travaux a été établi le 3 octobre 2016 et un nouveau projet de contrat d'architecte a été transmis le 6 octobre 2016 par la société APERTURE ARCHITECTURE.

Des devis ont été adressés à la société APERTURE ARCHITECTURE par les différents corps de métier, portant notamment sur une mission de Contrôle Technique.

Le 13 octobre 2016, la société APERTURE ARCHITECTURE a adressé une note d'honoraires pour les missions réalisées que la Banque SEPAH a contesté.

Le jugement rendu le 21 septembre 2018 par le tribunal de commerce de Paris a constaté l'inexistence d'un contrat d'architecte avec la société de droit iranien Bank SEPAH mais a débouté la société APERTURE ARCHITECTURE de l'ensemble de ses demandes.

Pour débouter la société APERTURE ARCHITECTURE, le tribunal a retenu qu'aucun contrat écrit n'avait été signé, que tout engagement professionnel de l'architecte devait faire l'objet d'un contrat écrit préalable définissant la nature et l'étendue de ses missions ainsi que les modalités de sa rémunération.

La société SAS APERTURE ARCHITECTURE a interjeté appel

La Cour a tranché la question en rappelant tout d'abord les dispositions de l'article 1315 du Code civil qui dispose : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

*Réciproquement celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.»*

La Cour rappelle également que le contrat d'architecte est un contrat de louage d'ouvrage au sens des dispositions de l'article 1710 du Code civil par lequel l'une des parties s'engage à délivrer une prestation moyennant un prix convenu entre elles.

Ce contrat n'étant pas soumis à un formalisme particulier, **en l'absence de contrat écrit, la preuve d'un accord de volonté sur la poursuite de la prestation nécessite un commencement de preuve par écrit lequel doit être corroboré par d'autres éléments.**

En l'espèce l'accord oral de l'Administrateur Provisoire dont se prévaut la BANK SEPAH pour le règlement de la facture des Etudes Préliminaires à hauteur de 7 200 euros ne fait pas la preuve, en l'absence d'échanges, de courriels ou d'attestations, d'un accord ultérieur sur la poursuite de la prestation quand aucune suite n'a été donnée par celui-ci au devis présenté le 4 juillet 2016.

Cette preuve ne peut non plus se déduire des projets de contrats non validés ni signés par l'administrateur provisoire quand aucun

élément ne vient corroborer un accord sur la poursuite du projet.

La société APERTURE ARCHITECTURE ne peut non plus utilement se prévaloir des réunions sur le site quand les comptes-rendus qu'elle produit, rédigés par elle, font état de 4 réunions tenues le 28 juillet, le 9 septembre, le 28 septembre et le 3 octobre 2016, en l'absence de l'administrateur provisoire.

Enfin la transmission des devis assortie d'un courrier portant une clause de confidentialité non validée par la banque en la personne de son administrateur provisoire ne saurait faire la preuve d'un accord de ce dernier.

Pour ces raisons, la société APERTURE ARCHITECTURE a été déboutée de l'intégralité de ses demandes.

### L'intérêt à agir contre une autorisation d'urbanisme ne se perd pas

*Conseil d'Etat, 17 octobre 2022, Société Maison Camp David c/ Société Ocap Saint-Jean et autres, n° 461113*

La contestation d'un permis de construire nécessite que l'auteur du recours démontre un intérêt à agir. Pour cela, en vertu de l'article L. 600-1-2 du Code de l'urbanisme, le requérant doit prouver que le permis « est de nature à affecter directement les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance du bien qu'il détient ou occupe régulièrement ». Une question s'est récemment posée devant le Conseil d'Etat sur la date d'appréciation de l'intérêt pour agir d'un requérant contre une autorisation d'urbanisme.

En l'espèce, le conseil exécutif de la collectivité de Saint-Barthélemy avait délivré un permis de construire à la société Ocap Saint-Jean pour la construction d'un restaurant de plage comprenant une boutique, une cave à vins, un bar, ainsi qu'un parc de stationnement semi-enterré.

La société Maison Camp David, propriétaire de résidences de standing situées à 50 mètres du projet, avait demandé au juge des référés du tribunal administratif de Saint-Barthélemy, la suspension de l'exécution de la délibération du 29 juin 2021.

Pour cela, elle se fondait sur l'article L.521-1 du Code de justice administrative qui prévoit que « quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

Lorsque la suspension est prononcée, il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision dans les meilleurs délais. La suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision ». Par une ordonnance n° 2100025 du 20 janvier 2022, le juge des référés a rejeté la demande de suspension. La société requérante s'est pourvue alors en cassation.

Le Conseil d'Etat a rendu un arrêt le 21 septembre 2022 par lequel il précise la date à laquelle l'appréciation de l'intérêt à agir d'un requérant à l'encontre d'un permis de construire, doit être effectuée. Le juge se fonde sur l'article L.600-1-3 du Code de l'urbanisme qui prévoit que « sauf pour le requérant à justifier de circonstances particulières, l'intérêt pour agir contre un permis de construire, de démolir ou d'aménager s'apprécie à la date d'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire ». La Haute juridiction précise que l'intérêt à agir d'un requérant contre un permis de construire « s'apprécie au vu des circonstances de droit et de fait à la date d'affichage en mairie de la demande du pétitionnaire, sans qu'il y ait lieu de tenir compte de circonstances postérieures, qu'elles aient pour effet de créer, d'augmenter, de réduire ou de supprimer les incidences de la construction, de l'aménagement ou du projet autorisé sur les conditions d'occupation, d'utilisation ou de jouissance mentionnées à l'article L. 600-1-2. A ce titre, il y a lieu de procéder à cette appréciation au vu des constructions environnantes dans leur état à cette date ».

De ce fait, le Conseil d'Etat a jugé que c'est uniquement à la date d'affichage en mairie de la demande d'autorisation d'urbanisme, que l'intérêt à agir d'un requérant doit être apprécié. Ainsi, aucune circonstance postérieure à cette date ne remet en cause l'intérêt pour agir d'un requérant contre un permis de construire.

Dès lors, en faisant droit à la fin de non-recevoir opposée en défense par la collectivité territoriale de Saint-Barthélemy et la société Ocap Saint-Jean, en se fondant notamment «

sur la densification du bâti dans le secteur d'implantation du projet en raison de la construction, en cours à la date de son ordonnance, d'une résidence de tourisme de cinq logements sur un terrain adjacent à la parcelle d'assiette du projet et situé à deux parcelles du terrain de la société requérante (...) alors qu'il est constant qu'à la date d'affichage de la demande de permis de construire de la société bénéficiaire, cette résidence de tourisme n'avait pas été construite », le juge des référés a entaché son ordonnance d'une erreur de droit.

## Mise à jour des formulaires relatifs aux autorisations d'urbanisme

L'année 2022 a été marquée par plusieurs modifications des formulaires Cerfa, dans le cadre de la dématérialisation des autorisations d'urbanisme.

Pour rappel, les formulaires Cerfa avaient fait l'objet d'une mise à jour le 28 février 2022. Celle-ci prévoyait la **suppression de la signature et du cachet de l'architecte**. Ces derniers ont été remplacés par le numéro de récépissé de déclaration du permis de construire qui s'obtient sur le site internet du Service public.

Le 1<sup>er</sup> septembre 2022 une seconde mise à jour est effectuée. Le ministère de la Cohésion des territoires décide de moderniser les formulaires Cerfa relatifs aux autorisations d'urbanisme. Cette actualisation concerne les demandes de certificat d'urbanisme (*Cerfa n°13410\*07*), de permis de démolir (*Cerfa n°13405\*08*) ou d'aménager (*Cerfa n°13409\*10*), l'ensemble des déclarations préalables (*Cerfa n°13404\*09*, *n°13703\*09* et *n°130702\*08*), mais aussi les demandes de permis de construire – maison individuelle (*Cerfa n°13406\*10*) et autres (*Cerfa n°13409\*10*), les demandes de permis modificatif (*Cerfa n°13411\*10*) ou de transfert (*Cerfa n°13412\*09*), la fiche d'aide pour le calcul de la surface de plancher, la fiche complémentaire en cas de pluralité de demandeurs, le dossier de conformité des ERP (accessibilité /sécurité incendie), la déclaration d'ouverture de chantier (*Cerfa n°13407\*05*) et la

déclaration d'achèvement de conformité des travaux (*Cerfa n°13408\*07*).

Cette mise à jour fait suite à la publication de l'Ordonnance n°2022-883 du 14 juin 2022, relative au transfert à la direction générale des finances publiques (DGFIP) de la gestion de la taxe d'aménagement et de la taxe d'archéologie préventive. Cela implique donc une unification des obligations déclarative pour les pétitionnaires.

Par ailleurs, suite au décret du 25 mars 2022 intégrant le dispositif de la « clause-filet », une autre mise à jour des formulaires Cerfa est intervenue. Cette modification permet la prise en compte de nouvelles pièces à joindre aux formulaires permettant alors de soumettre à évaluation environnementale des projets pouvant entraîner des conséquences sur la santé humaine et l'environnement. Ces éléments sont les suivants :

- L'étude d'impact environnemental (concernant les formulaires de permis de construire – PCMI12-1-1 et PCMI12-1-2; la déclaration préalable pour une maison individuelle – DP11-1-1; la déclaration préalable pour les constructions, travaux, installations et aménagement non soumis à permis) ;
- Le dossier d'évaluation des incidences (concernant les déclarations préalables de divisions et lotissements – DP-13702).

## Décision de préemption annulée : Une victoire à la

*Cour de Cassation, 7 septembre 2022, n° 21-12.114*

Le droit de préemption urbain permet à une collectivité de se substituer à un acquéreur dans le cadre d'une vente de grés à grés et ce dans l'objectif de réaliser un projet réputé d'intérêt général.

L'acquéreur évincé à la vente dispose de deux possibilités pour contester l'usage de ce droit :

- Soit par une demande d'annulation de la décision qui fonde l'usage du droit de préemption devant le juge administratif. Il s'agit alors de contester le principe du droit de préemption et non ses modalités de mise en œuvre.
- Soit par une contestation devant le juge judiciaire du montant proposé dans la déclaration d'intention d'aliéner. Il s'agit alors de fixer judiciairement le prix de la préemption sans remettre en cause l'usage qui est fait de ce droit.

C'est le premier cas de figure qui a donné lieu à la décision de la Cour de cassation commentée.

Au cas d'espèce dont avait alors à connaître la Cour, la commune a décidé de préempter un immeuble mis en vente avant que l'acquéreur ne lève l'option d'achat.

L'acquéreur évincé saisi alors directement le Tribunal administratif compétent afin de demander l'annulation de la décision de préemption.

Toutefois, ce recours n'étant pas, par principe, suspensif, l'immeuble est, en cours de procédure, vendue définitivement à la Commune par un acte authentique.

La procédure conduira à une annulation de la décision de préemption de sorte que, fort de ce succès, l'acquéreur évincé saisira le Tribunal judiciaire en annulation de la vente entre la Commune et le vendeur pour défaut de base légale.

Les deux premiers juges saisis avaient considéré que la vente consentie à la Commune en application d'une décision administrative qui a été annulée devait elle-même être déclarée nulle.

Raisonnement que va venir censurer la Cour de cassation en estimant que la décision de préemption ayant été annulée après le transfert de propriété, au jour de la vente, cette dernière était parfaite et fondée une décision existante.

La Cour consacre donc l'absence de lien entre l'annulation d'une décision de préemption et le contrat de vente qui, pourtant, a été rendu possible par cette même décision.

Il ne fait aucun doute que cette décision met en avant, s'il le faut encore, l'impérative nécessité, dans un tel cas de figure, de demander au juge administratif saisi de la demande d'annulation **la suspension de cette autorisation.**

Et ce afin, justement, que la vente n'intervienne pas au cours de la procédure.

Quant à la nécessité de démontrer une urgence à suspendre, nul doute que cette décision servira de caractériser cette dernière.

## CONTRATS ET MARCHÉS PUBLICS

### Les conditions de régularité des méthodes de notation et des éléments d'appréciation pris en compte pour l'évaluation des critères d'attribution des concessions

*Conseil d'Etat, 3 mai 2022, Commune de Saint-Cyr-sur-Mer n° 459678*

Les modalités d'attribution des contrats de concession sont des questions auxquelles la jurisprudence administrative a du mal à donner une réponse définitive. Le Code de la commande publique pose à l'article L. 3124-5, le principe selon lequel une concession devrait être accordée, [...] *sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat [...]*». Le juge administratif s'efforce régulièrement de préciser ce principe tant en recommandant une large liberté aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices.

L'arrêt du 3 mai 2022 illustre cette volonté de recherche d'équilibre du juge administratif.

En l'espèce dans un avis de concession du 28 mars 2022, la commune de Saint-Cyr-sur-Mer avait engagé une procédure de mise en concurrence en vue de l'attribution de sous-concessions de la plage artificielle des Lecques. Par un courrier du 18 novembre 2021, la société Les Copines, candidate à l'attribution du lot n° 5, avait été informée du rejet de son offre et de ce que la commune envisageait d'attribuer le contrat à la société La Siesta.

La société Les Copines avait saisi le juge des référés du tribunal administratif de Toulon à effet d'annuler cette procédure de mise en concurrence ce qui a été fait par une ordonnance du 18 décembre 2021.

Par une seconde ordonnance du 7 janvier 2022, rendue sur une tierce opposition de la Société

attributaire, le juge des référés a déclaré nulle et non avenue cette ordonnance en tant seulement qu'elle avait annulé l'intégralité de la procédure de mise en concurrence. Cette nouvelle ordonnance a exigé la reprise de la procédure au stade de l'examen des offres.

La commune de Saint-Cyr-sur-Mer s'est pourvue en cassation, demandant l'annulation des deux ordonnances soutenant que l'appréciation n'a ni vidé de sa portée les critères, ni neutralisé leur hiérarchisation.

Transposant aux concessions l'arrêt « Commune de Belleville-sur-Loire » du 3 novembre 2014, le Conseil d'Etat retient que *« cette méthode d'évaluation des offres, qui permet de comparer et de classer tant les évaluations portées sur une même offre au titre de chaque critère que les différentes offres entre elles, n'est pas de nature à priver de leur portée ces critères ou à neutraliser leur hiérarchisation et n'est, par suite, pas entachée d'irrégularité. »*

Dès lors, le Conseil d'Etat limite le pouvoir des juges du référé précontractuel à la vérification de l'efficacité des critères. Les juges reconnaissent donc aux autorités contractuels une grande liberté d'appréciation des critères mobilisés.

Les acheteurs restent tenus à l'obligation de respecter les principes fondamentaux de la commande publique afin qu'ils ne soient pas violés.

## Le retour des biens publics immatériels

Conseil d'Etat, 16 mai 2022, Commune de Nîmes n° 45990

La question de retour des biens à la suite au terme d'une délégation de service public est relativement classique. La jurisprudence a eu à plusieurs reprises l'occasion de définir les critères de distinction entre les notions de biens de retour et les biens de reprise.

Cependant, avec le développement des enjeux numériques pose la question de l'application de ces notions à des biens immatériels.

En l'espèce, à la suite de la fin de son contrat de concession la société Culturespaces, et du non-renouvellement de celui-ci, la société Culturespaces avait annoncé à la commune de Nîmes qu'elle supprimerait les comptes des réseaux sociaux liés à gérés dans le cadre de la concession à compter du 31 octobre 2021.

La Commune de Nîmes avait saisi le juge des référés du tribunal administratif de Nîmes aux fins d'ordonner à la société Culturespaces de procéder sans délai à la restitution des biens qualifiés de retour, notamment les communautés et contenus numériques liés aux pages des réseaux sociaux et le film relatif à la Maison carrée et les décors des Grands Jeux romains.

Le juge des référés avait finalement rejeté cette demande par une ordonnance le 13 décembre 2021.

La Commune de Nîmes s'était alors pourvue en cassation. Le Conseil d'Etat a d'abord retenu que le retour des pages des réseaux sociaux s'apparentait à un transfert des droits d'administration :

*« 13. Les droits d'administration des pages des réseaux sociaux relatives aux monuments faisant l'objet du contrat **étant nécessaires au fonctionnement du service public** tel qu'institué par la commune de Nîmes, ils doivent lui faire retour gratuitement au terme du contrat. [...] les dispositions du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du*

*Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel [...] ne s'opposent pas, par elles-mêmes, au transfert ou à la mise à disposition des droits d'administration de pages des réseaux sociaux, et impliquent seulement, à supposer que ce transfert ou cette mise à disposition emportent la communication de données à caractère personnel, que les obligations qui s'attachent à une telle communication soient respectées. ».* La Haute juridiction qualifie implicitement les biens immatériels de biens de retour, exigeant un transfert à titre gratuit de ces biens.

Le Conseil d'Etat rappelle néanmoins les conditions de l'intervention d'un juge des référés : *« 14. Il résulte de l'instruction que l'exploitation des pages en cause a été interrompue, alors qu'elles constituent, par leur ancienneté et les communautés d'abonnés qu'elles réunissent, un élément important de la valorisation des monuments, que le nouveau délégataire ne saurait reconstituer rapidement. La restitution des droits d'accès aux pages en question revêtant donc un caractère d'utilité et d'urgence, il y a lieu d'enjoindre à la société Culturespaces d'y procéder. ».*

Dès lors, si les biens immatériels peuvent constituer des biens de retour le juge des référés ne peut en ordonner le transfert dès lors que ce transfert ne présentait pas un caractère d'urgence et d'utilité :

*« 18. En dernier lieu, si la commune de Nîmes demande que soit enjoint à la société Culturespaces de restituer d'autres biens immatériels liés à la délégation, sa demande sur ce point n'est assortie d'aucune précision quant aux biens concernés permettant d'apprécier si elle répond aux conditions d'urgence et d'utilité posées par l'article L. 521-3 du code de justice administrative. Elle ne peut, par suite, qu'être rejetée. ».*



Le Conseil d'Etat a donc infirmé la décision du juge des référés du tribunal administratif de Nîmes et donc reconnaît que des biens immatériels peuvent constituer des biens de retour. De tels biens peuvent donner lieu à une injonction de restitution si et seulement si les conditions nécessaires à l'intervention du juge des référés sont réunies : « 19. Il résulte de tout ce qui précède qu'il doit être enjoint à la société Culturespaces de restituer à la commune de Nîmes le support du film relatif à la Maison carrée mentionné à l'article 18 du contrat de délégation de service public signé le 7 janvier 2013, les droits d'administration des pages des réseaux sociaux relatives aux monuments faisant l'objet du contrat, ainsi que les décors

## L'abandon de la jurisprudence SMIRGEOMES confirmé par les juges du référé précontractuel

Par son interprétation stricte de la notion d'intérêt à agir, la jurisprudence SMIRGEOMES a drastiquement limité les possibilités de recours en référé précontractuel. L'abandon par le Conseil d'Etat de cette jurisprudence est aujourd'hui reprise par les juges de première instance.

Une décision inédite et très récentes du Tribunal administratif de Lyon (Tribunal administratif de Lyon, n° 2207396, société Ocalia c/ Métropole de Lyon) est venue d'une part confirmer l'évolution de la jurisprudence en matière de recevabilité d'un recours en référé pré-contractuel et d'autre part préciser le contrôle exercé par le juge administratif sur l'appréciation des offres par le pouvoir adjudicateur.

### La jurisprudence SMIRGEOMES définitivement abandonnée.

**On sait que dans un arrêt du 24 mars 2021 la Cour de Justice de l'Union européenne a rappelé** aux états membres que le droit à un recours efficace que constitue le référé précontractuel ne doit pas être subordonné à une condition de recevabilité qui serait tirée du lien entre le manquement invoqué et la décision d'exclusion ou de rejet.

La Cour de justice précise que :

« 31 [...] la Cour a jugé que, dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public, les soumissionnaires, dont l'exclusion est demandée, **ont un intérêt légitime équivalent à l'exclusion de l'offre des autres soumissionnaires aux fins de l'obtention du marché** (voir, en ce sens, arrêt du 4 juillet 2013,

Fastweb, C-100/12, EU:C:2013:448, point 33). Au point 27 de l'arrêt du 5 avril 2016, PFE/C-689/13, EU:C:2016:199), la Cour a considéré que, d'une

part, l'exclusion d'un soumissionnaire peut aboutir à ce que l'autre soumissionnaire obtienne directement le marché aux termes de la même procédure et, d'autre part, dans l'hypothèse d'une exclusion des deux soumissionnaires et de l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché public, chacun des soumissionnaires pourrait y participer et, ainsi, obtenir indirectement le marché.[...].»

« 41 Il en ressort que le soumissionnaire évincé est en droit de soulever tout moyen contre la décision d'admission d'un autre soumissionnaire, y compris ceux qui ne présentent pas de lien avec les irrégularités en raison desquelles son offre a été exclue ». (Pour un commentaire de cet arrêt voir *Les voies de recours des candidats évincés à la passation des contrats de la commande publique : de nouvelles perspectives*, Aldo Sevino, *Contrats Publics* – 231 - Mai 2022).

Ce retour à une jurisprudence plus efficace et surtout plus respectueuse des droits des concurrents évincés va à l'encontre de la jurisprudence SMIRGEOMES (Conseil d'État, Section du Contentieux, 03 octobre 2008, 305420) dont les interprétations restrictives avaient abouti à dénaturer le concept même de référé précontractuel rendant ce dernier, en pratique, impossible.

Dans un arrêt important du 11 avril 2021, n° 354652 le Conseil d'Etat a suivi la voie ouverte par la CJUE en abandonnant sa jurisprudence SMIRGEOMES. La Haute juridiction a ainsi accepté d'apprécier de manière plus libérale l'intérêt à agir d'un requérant dans le cadre d'un référé précontractuel, tournant le dos à sa précédente jurisprudence :

« *Considérant, en outre, que ni la recevabilité de la candidature de la Société hospitalière d'assurances mutuelles, ni le caractère approprié, régulier et acceptable de son offre ne sont contestés ; que le choix d'une offre présentée par un candidat irrégulièrement retenu est dès lors susceptible de l'avoir lésée, quel qu'ait été son propre rang de classement à l'issue du jugement des offres ;* »

Désormais, la décision de sélectionner l'offre d'un candidat irrégulièrement retenu (offre anormalement basse) est susceptible de léser le candidat dont l'offre a quant-à-elle été déclarée irrégulière.

L'évolution est radicale. Il n'est plus besoin de justifier d'une relation entre le manquement invoqué à l'appui d'un recours en référé précontractuel et la situation personnelle du requérant.

Bien évidemment, cette dernière évolution de la conception de l'intérêt à agir du requérant ne signifie pas un retour à la situation antérieure à la Jurisprudence SMIRGEOMES qui voyait les juridictions saisies de recours en référés précontractuels annuler des procédures de passation de marchés publics au motif que les défauts de publicité et de mise en concurrence avaient eu pour effet d'écarter d'autres entreprises. Le requérant n'est pas un procureur ou un contrôleur de légalité. Il ne peut invoquer que des moyens qui seraient de nature à lui permettre de présenter une offre. Telle est le cas par exemple de l'entreprise dont l'offre a été déclarée irrecevable et qui a donc un intérêt à voir annuler la procédure d'attribution du marché pour répondre à une nouvelle consultation.

En résumé, l'intérêt à agir n'est plus limité au contrôle de l'effet du moyen invoqué sur la situation immédiate de l'entreprise, mais s'élargit à la vérification de tous les moyens susceptibles de produire un effet sur la procédure elle-même.

Tel est le cas qu'à eu à connaître le tribunal administratif de Lyon dans une affaire opposant un opérateur économique à la Métropole de Lyon.

En l'espèce plusieurs manquements étaient invoqués par l'un des candidats non retenus dont l'utilisation d'une formule permettant de noter les offres de prix. Le plus surprenant dans le cas d'espèce était que la Métropole de Lyon avait communiqué aux candidats le montant estimé du marché, à savoir 100 000 euros HT. Or, l'application de la formule avec le montant de l'estimation aboutissait à attribuer une note négative au candidat qui proposait un montant égal à cette estimation. On sait en effet que le Conseil d'Etat juge irrégulière les notations négatives (Conseil d'Etat du 18 décembre 2012, Département de la Guadeloupe, n° 362532) :

« 9. Considérant, en cinquième lieu, que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent, lorsqu'ils choisissent d'évaluer les offres par plusieurs critères pondérés, recourir à des méthodes de notation conduisant à l'attribution, pour un ou plusieurs critères, de notes négatives ; qu'en effet une telle note, en se soustrayant aux notes obtenues sur les autres critères dans le calcul de la note globale, serait susceptible de fausser la pondération relative des critères initialement définie et communiquée aux candidats ; qu'en l'espèce, il n'est pas contesté que le département de la

Guadeloupe a adopté, **pour la notation sur le critère du prix, une méthode le conduisant à attribuer des notes négatives à certains candidats ; que, ce faisant, il a manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence ;** »

Sans revenir sur le fond de la décision critiquable par ailleurs, il est intéressant de relever que le Tribunal administratif de Lyon n'a pas écarté le recours pour défaut d'intérêt à agir du requérant au motif que celui-ci ne démontrait pas avoir obtenu une note négative du fait de l'application de la formule.

Le raisonnement suivi par le juge a été identique pour chacun des moyens développés devant lui. A aucun moment l'argument de droit ou de fait qui lui était présenté n'a été examiné au regard de ses conséquences directes pour le requérant.

Sur ce point, la décision du Tribunal administratif de Lyon confirme l'évolution jurisprudentielle que les praticiens attendaient et doit être louée.

Sur un autre point elle confirme en revanche une jurisprudence du Conseil d'Etat qui devrait pourtant être abandonnée en application du principe de transparence.

***La communication de la méthode de notation n'est toujours pas une obligation.***

*L'ordonnance du 21 octobre 2022 du tribunal administratif de Lyon réaffirme en effet l'absence d'obligation du pouvoir adjudicateur « (...) d'informer les candidats de la méthode de notation des offres lorsqu'il se borne à mettre en œuvre les critères annoncés ».*

C'est la position habituelle du Conseil d'Etat (voir en ce sens CE, 3 mai 2022, Commune de Saint-Cyr-sur-Mer, n° 459678, AJDA, n° 32/2022 du 3 octobre 2022, p. 1847 et suivantes).

Cette jurisprudence nous semble pourtant critiquable. En reconnaissant au pouvoir adjudicateur le droit de ne pas communiquer

par exemple la formule de prix qu'il s'est proposé d'utiliser, l'acheteur ne respecte pas selon nous l'obligation de transparence qui s'impose à lui. Il ne s'agit pas de sous-entendre que profitant de cette absence de transparence le pouvoir adjudicateur pourrait adapter au dernier moment la formule de notation pour faciliter l'accès au marché à certaines entreprises. Nous ne doutons pas que les pouvoirs adjudicateurs sont intègres.

En revanche, le défaut de communication interdit de fait aux opérateurs économiques d'optimiser leurs offres puisque maintenus dans l'ignorance des attentes de l'acheteur public.

De plus, les opérateurs ayant l'habitude de travailler avec tel pouvoir adjudicateur sont susceptibles de connaître la formule qui sera utilisée alors même que celle-ci n'aurait pas été communiquée à l'ensemble des candidats, faussant l'égalité entre ces derniers.

L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat pour une plus grande transparence et un meilleur accès au juge du référé précontractuel est en bonne voie. Elle n'est cependant pas encore achevée.

### Le respect à la vie privé des personnes morales

#### Conseil d'Etat, 7 octobre 2022, Association Anticor n° 443826

Le respect de la vie privée des personnes morales est un principe bien établi. Ce droit protège notamment les documents relatifs à la relation interne.

Le Conseil d'Etat a eu à se pencher sur le caractère ou non communicable des comptes d'une association des personnes morales et à leur situation financière.

Suite à un refus opposé par le préfet de Paris du 29 janvier 2019, la société Anticor a saisi le tribunal administratif de Paris d'une demande visant à ordonner la communication des comptes annuels 2016 et 2017 de la Fondation Louis Vitton. Cette demande fût rejetée par le tribunal par un jugement du 17 juin 2020 et l'association a dû se pourvoir en cassation.

Dans son arrêt, le Conseil d'Etat rappelle tout d'abord que les documents produits ou reçus par l'administration sont des documents administratifs et qu'ils sont en principe communicables. La Haute Juridiction précise toutefois que ce principe peut être exclu dans certains cas : «[...] , sous réserve qu'elle ne soit pas imposée ou impliquée par d'autres dispositions, la communication à des tiers, par l'autorité administrative qui les détient, des documents relatifs notamment à leur fonctionnement interne et à leur situation financière. La circonstance que de tels

*documents aient été transmis à l'administration afin de permettre à celle-ci d'exercer un contrôle sur l'activité de l'organisme concerné est sans incidence, par elle-même, sur les conditions dans lesquelles des tiers peuvent se les voir communiquer. »*

Le juge confirme ainsi jurisprudence dégagée par l'arrêt du 17 avril 2013, Ministère du travail, de l'emploi et de la santé contre Cabinet de la Taille, selon laquelle ce principe de communication des documents administratif est limité par la nécessité de respecter la vie privée de personnes morales de droit privé.

Il en est ainsi en principe des comptes des associations.

De plus la Fondation Louis Vitton n'ayant pas reçu de subventions publiques, ses comptes ne sont pas communicables.

De ce fait le Conseil rejette le pourvoi.

## Marchés privés

**Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 septembre 2022, n° 21-20.576, n° 608 FS-B**

**Les juges saisis par le maître de l'ouvrage d'une demande de dommages-intérêts pour inexécution d'un marché, ne peuvent opérer une réduction du prix en l'absence de toute demande de la part du maître d'ouvrage.**

Dans cette affaire, un maître d'ouvrage non satisfait de la réalisation de sa piscine qui ne comportait pas d'escalier, a refusé de prononcer la réception et de s'acquitter du solde des travaux.

Assigné en paiement par l'entrepreneur, le maître d'ouvrage avait demandé dans ses conclusions d'appel la réparation des conséquences de l'inexécution à titre principal et, à titre subsidiaire, l'exécution forcée en nature de l'obligation.

Alors qu'elle n'était pas expressément saisi d'une telle demande la cour d'appel a décidé de procéder à la réduction du prix du marché, méconnaissant ainsi les dispositions de l'article 4 du Code de procédure civile : « *L'objet d'un litige est déterminé par les prétentions des parties* ». Le principe en est clair : le juge ne peut statuer sur une demande non formulée par une partie (*ultra petita*).

La Cour de Cassation a donc logiquement cassé l'arrêt de la cour d'appel, qui saisi par un créancier d'une demande de dommages et intérêts en réparation des conséquences de l'inexécution du contrat, s'est crue autorisée à réduire le prix de la prestation, objet de ce contrat.

## Responsabilité décennale et autres garanties des constructeurs – Marchés privés et Responsabilité des fournisseurs et fabricant

**Cass. Com., 29 juin 2022, n° 19-20.647, n°428 FS-B**

**Le fondement de la garantie des vices cachés dépend exclusivement des règles du contrat de vente. A ce titre, en présence d'un contrat de louage d'ouvrage (contrat d'entreprise), l'action en garantie des vices cachés n'est pas ouverte au maître d'ouvrage dans ses rapports directs avec l'entrepreneur.**

Au cas d'espèce, un maître d'ouvrage :

la société GDF Suez, devenue la société Engie, avait confié la réalisation d'une centrale de production d'électricité à un entrepreneur, la société SMAC, qui avait acheté les panneaux photovoltaïques à la société Tenesol, laquelle, pour les construire, avait assemblé des connecteurs fabriqués par la société suisse Tyco Electronics Logistics, devenue la société TE Connectivity Solutions GmbH (la société TEC).

Invoquant des interruptions de la production d'électricité dues à des défaillances des connecteurs, la société Engie a assigné en réparation de ses préjudices matériels et immatériels les sociétés SMAC, Tenesol, devenue la société Sunpower Energy Solutions France, et TEC, qui ont formé des appels en garantie.

En appel, la cour avait cru pouvoir juger jugé que le maître d'ouvrage avait acquis la propriété des matériaux mis en œuvre au

travers le contrat de louage et était devenu titulaire de l'action en garantie des vices cachés. Par suite, la juridiction d'appel a condamné l'entrepreneur à indemniser le maître d'ouvrage, au titre du préjudice matériel sur le fondement de la garantie des vices cachés.

L'arrêt a été cassé par la Cour de Cassation qui a rappelé que « *dans leurs rapports directs, l'action en garantie des vices cachés n'est pas ouverte au maître de l'ouvrage contre l'entrepreneur.* »

## Travaux et ouvrages publics

### Conseil d'Etat, 8 février 2022, n° 4531

Par cet arrêt le Conseil d'Etat procède à l'affinement de la distinction des notions de dommages permanents et accidentels.

Le Conseil d'Etat rappelle que ainsi que le maître de l'ouvrage est responsable, même en l'absence de faute, des dommages que les ouvrages publics dont il a la garde peuvent causer aux tiers tant en raison de leur existence que de leur fonctionnement. Il ne peut dégager sa responsabilité que s'il établit que ces dommages résultent de la faute de la victime ou d'un cas de force majeure. **Ces tiers ne sont pas tenus de démontrer le caractère grave et spécial du préjudice qu'ils subissent lorsque le dommage n'est pas inhérent à l'existence même de l'ouvrage public ou à son fonctionnement et présente, par suite, un caractère accidentel.**

Un arrêt du Conseil d'Etat du 10 avril 2019, n° 411961, avait déjà eu l'occasion de rappeler cette distinction entre dommages permanents et accidentels, précisant que les dommages permanents étaient ceux liés à l'existence même, au fonctionnement ou

à l'entretien normal de l'ouvrage, tandis que les dommages accidentels ne découlent pas nécessairement de la réalisation de travaux publics, et n'étaient donc pas prévisibles.

Par un arrêt du 8 février 2022, la Haute Juridiction administrative entend affiner cette distinction. En l'espèce, une commune avait fait réaliser une maison de santé sur une parcelle lui appartenant située à Ennezat. Durant les travaux de réalisation du parking de la maison de santé, le voisin du terrain d'assiette du projet avait fait valoir que le muret se trouvant sur sa propriété supportait la charge de remblai créée par les travaux, causant ainsi des fissures. Le voisin avait par conséquent engagé la responsabilité de la commune, afin d'obtenir la réparation du dommage résultant des travaux.

La cour administrative d'appel de Lyon avait estimé que le dommage était lié aux travaux entrepris par la commune, et qu'il constituait donc un dommage permanent de travaux publics, entraînant par

conséquent la charge pour le demandeur de démontrer le caractère anormal et spécial du préjudice qu'il invoquait.

Le Conseil d'Etat a annulé cet arrêt, en estimant quant à lui que le dommage était accidentel car résultait « *de l'absence de réalisation d'un dispositif de soutènement des terres ainsi remblayées* » et ne pouvait ainsi « *être regardés comme étant inhérents*

*à l'existence même de la maison de santé et de son parking* ».

**Ainsi lorsqu'il est possible de procéder à une réalisation d'ouvrage dans des conditions de nature à éviter un dommage, la survenance de ce dernier doit être considérée comme accidentelle.**

**Conseil d'Etat, 14 avril 2022, Commune de Thouaré-sur-Loire n° 448912 / Commune de Willems, n° 451097**

L'article L. 2121-27-1 du Code général des collectivités territoriales (CGCT) dispose que :

« *Dans les communes de 1.000 habitants et plus, lorsque des informations générales sur les réalisations et sur la gestion du conseil municipal sont diffusées par la commune, un espace est réservé à l'expression des conseillers élus sur une liste autre que celle ayant obtenu le plus de voix lors du dernier renouvellement du conseil municipal ou ayant déclaré ne pas appartenir à la majorité municipale* ».

Par deux arrêts rendus le même jour, le Conseil d'Etat vient apporter des précisions sur les modalités de mise en œuvre du droit d'expression des élus dans le bulletin d'informations municipales :

D'une part, il résulte selon le Conseil d'Etat des dispositions précitées **que l'espace réservé à l'expression des conseillers n'appartenant pas à la majorité**

**municipale doit présenter un caractère suffisant et être équitablement réparti eu égard aux caractéristiques de la publication et, d'autre part, qu'elles n'ont pas pour objet d'interdire qu'un espace soit attribué à l'expression des élus de la majorité, sous réserve que cette expression n'ait pas pour effet, notamment au regard de son étendue, de faire obstacle à l'expression des élus n'appartenant pas à la majorité.**

(CE, 14 avril 2022, Commune de Thouaré-sur-Loire, n° 448912).

La Haute juridiction considère également qu'il résulte de ces dispositions **qu'un espace doit être réservé à l'expression des conseillers n'appartenant pas à la majorité municipale dans toute publication comportant des informations générales sur les réalisations et sur la gestion du conseil municipal, y compris sur le site internet de la commune.** (CE, 14 avril 2022, Commune de Willems, n° 441097).