

# NEWSLETTER

MAI 2024



## À NE PAS MANQUER CE MOIS-CI ...

### ARCHITECTURE ET CONSTRUCTION

- Responsabilité de l'architecte dans le choix des entreprises de travaux – **Page 2**

### DROIT DE L'URBANISME

- Le juge peut se fonder sur des données publiques de référence sans les communiquer aux parties – **Page 6**
- Présomption d'urgence et réduction des délais en matière d'autorisation d'urbanisme, construire à tout prix ? – **Page 7**

### CONTRATS ET MARCHES PUBLICS

- Modification d'un marché public en cours d'exécution : la plume est servie, la parole aussi – **Page 10**

- Résiliation par le juge administratif d'un contrat illégal : limitation du droit à indemnisation de l'ex-cocontractant – **Page 12**

### COLLECTIVITES TERRITORIALES

- Le directeur d'un SPIC doit être fonctionnaire – **Page 14**

## ARCHITECTURE ET CONSTRUCTION

### Responsabilité de l'architecte dans le choix des entreprises de travaux

#### CA Pau, 1re ch., 7 mai 2024, n° 22/02166 - Arrêt inédit

Les faits de cette affaire méritent d'être rappelés dans leurs détails.

Par acte notarié du 5 mai 1999, Mme [D] [F] a confié à la SARL d'architectes [T]-[B]-[A] exerçant sous l'enseigne 'MEK', une mission complète de maîtrise d'œuvre pour la réalisation de travaux de rénovation d'un appartement qu'elle destinait à la location.

Selon les termes d'un marché de travaux conclu le 25 mars 2016, M. [L] [E], exerçant sous l'enseigne 'Entreprise WOODWORK' a été retenu pour l'exécution du lot menuiseries intérieures.

Les travaux ont débuté le 1er avril 2016 et devaient s'achever le 24 juin 2016.

Plusieurs mises en demeure d'achever les travaux adressés par la SARL [T]-[B]-[A] à M. [L] [E] sont restées vaines.

Malgré deux tentatives de réception des travaux le 8 juillet et le 21 juillet 2016, Mme [D] [F] et la SARL [T]-[B]-[A] ont constaté leur inachèvement, et se sont plaints de malfaçons, de sorte que la réception a été refusée en l'état.

Un procès-verbal du 25 juillet 2016 par Maître [V], commissaire de justice, a été dressé.

Par courrier du même jour, la SARL [T]-[B]-[A] a signifié à M. [L] [E], la résiliation du contrat, à ses torts exclusifs.

Par actes du 12 et 17 janvier 2017, Mme [D] [F] a assigné la SARL [T]-[B]-[A] et M. [L] [E] devant le tribunal de grande instance de Bayonne en réparation de ses préjudices.

Par une ordonnance du 12 octobre 2017, le juge de la mise en état a ordonné une mesure d'expertise judiciaire confiée à M. [P] [U], lequel a déposé son rapport définitif le 28 juin 2019.

Suivant jugement réputé contradictoire du 9 mai 2022 (RG n° 17/00344), le tribunal judiciaire de Bayonne a **condamné *in solidum* la SARL [T]-[B]-[A] et M. [L] [E] à payer à Mme [D] [F] la somme de 63 926,63 € TTC** au titre de la reprise des désordres.

Sur la responsabilité de la SARL [T]-[B]-[A], le premier juge a relevé que la vérification de l'existence d'un contrat d'assurance pour l'entreprise de M. [E], prévue par le contrat d'architecture, aurait pu lui permettre de s'interroger sur la réelle solvabilité de M. [E]. Ainsi, **la société d'architecture a failli dans sa mission de conseil envers Mme [F] s'agissant de la sélection des entreprises, ce qui constitue une faute d'autant plus préjudiciable que M. [E] est défaillant à la procédure, ce qui justifie la condamnation *in solidum* de l'architecte avec l'intervenant à réparer l'intégralité du préjudice subi.**

S'agissant des pertes locatives, **l'usage locatif de l'appartement n'a pas été**

**précisé dans le contrat d'architecture** et les désordres de menuiserie rapportés par l'expert ne démontrent pas une impossibilité d'utiliser cet appartement. De plus, Mme [F] ne justifie pas pour l'ensemble de la période concernée de demandes de réservations qu'elle n'aurait pu accepter de sorte que le préjudice n'est pas démontré.

L'architecte a souhaité faire appel de ce jugement. L'appel porte sur la condamnation de la SAS BLOOM ARCHITECTES à réparer l'entier préjudice de Mme [F] *in solidum* avec M. [E] et sur la détermination des dommages qui sont imputables à l'architecte.

La Cour d'appel constate que l'historique du déroulement des travaux n'est pas contesté, à savoir :

- le chantier a débuté le 1er avril 2016,
- courant juin 2016 l'architecte déplorant l'inachèvement des travaux de menuiserie faisait parvenir au menuisier plusieurs mises en demeure en vain,
- les tentatives de réception de travaux même avec réserves ont échoué en l'absence du menuisier,
- l'abandon du chantier par celui-ci a été constaté, entraînant la décision de résilier son contrat à ses torts exclusifs par courrier du 25 juillet 2016 adressé par l'architecte.

En application de l'article 1147 du code civil dans sa version applicable au présent litige le débiteur est condamné il y a lieu au paiement de dommages-intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être

imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

Le contrat conclu le 1er août 2015 entre la SAS BLOOM ARCHITECTES et Mme [F] est un contrat d'architecte mission complète pour la réhabilitation de l'appartement de celle-ci.

*Dans son article 5.2, sur la responsabilité et l'assurance professionnelle de l'architecte il est stipulé :*

*L'architecte assume sa responsabilité professionnelle, telle qu'elle est définie notamment par les articles 1792 et suivants du code civil dans les limites de la mission qui lui est confiée.*

*Pour toutes les autres responsabilités professionnelles, il ne peut être tenu responsable, de quelque manière que ce soit, ni solidairement ni in solidum, à raison des dommages imputables aux autres intervenants participant à l'opération.*

*L'architecte supporte les conséquences financières de sa responsabilité dans les limites des plafonds de garantie fixée dans son contrat d'assurance.*

Cette clause d'exclusion de solidarité ne vide pas la responsabilité de l'architecte de son contenu puisque celui-ci doit toujours assumer les conséquences de ses propres fautes, le cas échéant *in solidum* avec d'autres constructeurs concourant au même dommage sans pouvoir être condamné pour la totalité des autres dommages.

Ainsi la clause d'exclusion de solidarité ne saurait avoir pour effet de réduire le droit à réparation du maître d'ouvrage contre l'architecte, quand sa faute a concouru à la réalisation de l'entier dommage (Cass. 3e civ., 19<sup>e</sup> janv. 2022, n°20-15.376, préc., § 14)

Ainsi donc s'agissant de certains désordres constatés, l'architecte ayant concouru par sa faute à ces deux dommages, il doit être condamné *in solidum* avec le menuisier à leur réparation intégrale, soit au paiement de la somme de 4 822,60 €, et ce n'est que dans leur rapport entre eux que le partage de responsabilité s'opère à 80 % à la charge du menuisier et 20 % à la charge de l'architecte comme l'a retenu l'expert.

Par contre pour tous les autres désordres, l'expert exclut une faute de surveillance, de contrôle ou de conception de l'architecte.

Pour réclamer néanmoins sa condamnation *in solidum* à réparer ses autres désordres, Mme [F] se fonde sur **un défaut de conseil de l'architecte dans le choix de l'entreprise de menuiserie.**

En effet, dans un article 7.5 de ce contrat, il est décrit la mission complète de l'architecte comprenant notamment la mise au point et la passation des contrats de travaux qui prévoient que l'architecte procède à l'analyse comparative des offres des entreprises, établit son rapport, propose au maître d'ouvrage la liste des entreprises à retenir et met au point les pièces constitutives des contrats de travaux.

L'architecte déconseille le choix d'une entreprise si elle lui paraît, notamment, ne pas présenter les garanties suffisantes, ne pas justifier d'une assurance apte à couvrir ces risques professionnels. Si le maître d'ouvrage ne suit pas les préconisations de l'architecte, il en assume les conséquences.

Or, en l'espèce, le marché signé entre Mme [F] et M. [E] agissant en qualité de gérant de l'entreprise WOODWORK ne mentionne aucune assurance au titre de la garantie décennale ou de la responsabilité civile. Si cette dernière n'est effectivement pas obligatoire et ne pouvait donc être exigée, par contre la première garantie relève d'une obligation légale de souscrire une assurance obligatoire et sa mention caractérise a minima le sérieux d'une entreprise de travaux à respecter ses obligations légales et réglementaires.

Peu importe en l'occurrence que la responsabilité de cette entreprise, retenue ici, relève de la responsabilité contractuelle de droit commun, il incombait à la SAS BLOOM ARCHITECTES en vertu du contrat de maîtrise d'œuvre complète et des articles précités de s'assurer que l'entreprise présentait des garanties suffisantes en vérifiant la simple référence à une assurance décennale obligatoire, et dans le cas contraire de déconseiller son choix au maître d'ouvrage.

Du fait de la défaillance de M. [E] ayant abandonné son chantier et n'ayant pas répondu aux sollicitations de l'expert judiciaire, il n'a pas pu être vérifié si cet entrepreneur disposait d'une assurance même décennale. La preuve de la non existence même de cette entreprise au jour du marché signé avec l'entreprise WOODWORK n'est pas rapportée par Mme [F].

Toutefois le manquement au devoir de conseil sur le choix de cette entreprise n'est pas la cause directe du dommage résultant de la mauvaise exécution des travaux par M. [E]. Par cette faute dans sa mission de conseil en amont des travaux, la SAS BLOOM ARCHITECTES **a seulement fait perdre une chance** à

Mme [F] de contracter avec une autre entreprise que M. [L] [E] et d'éviter peut-être ces désordres et l'abandon de chantier, étant cependant rappelé que l'architecte n'a pas, dans le cadre de sa mission de conseil, à vérifier la solvabilité des entreprises contractantes ni à exiger une assurance responsabilité contractuelle de droit commun.

Par conséquent la cour n'étant pas saisie d'une demande d'indemnisation de ce préjudice distinct et aléatoire qu'est la

perte de chance qu'elle ne peut en outre soulever d'office, infirme le jugement déféré en ce qu'il a condamné la SAS BLOOM ARCHITECTES solidairement avec M. [E] à réparer l'intégralité des désordres affectant les travaux réalisés dans l'appartement de M. [E], pour ne la condamner *in solidum* avec M. [E] qu'à hauteur de la somme de 4 822,60 € (représentant 8 % du coût total des travaux de reprise).

## DROIT DE L'URBANISME

Le juge peut se fonder sur des données publiques de référence sans les communiquer aux parties

**Conseil d'Etat, 30 avril 2024, n° 465124, aux tables du recueil Lebon**

C'est effectivement ce qu'a jugé le Conseil d'Etat récemment.

En l'espèce, était en cause un refus de délivrer un permis de construire.

Le juge pouvait bien aller surfer sur le site de l'IGN (Institut géographique national) sans respecter le principe du contradictoire. Il considère que : « 2. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que, pour juger que le terrain d'assiette du projet de construction en cause ne pouvait être regardé comme situé dans une partie urbanisée de la commune, la cour s'est, pour conforter son appréciation des pièces du dossier, fondée, ainsi qu'il lui était loisible de le faire sans les communiquer aux parties, sur les données publiques de référence produites par l'Institut géographique national et librement accessibles au public sur le site internet [geoportail.gouv.fr](http://geoportail.gouv.fr).

*Il ressort également des énonciations de son arrêt que, d'une part, elle a notamment relevé que ce terrain, d'une superficie d'environ 6 200 m<sup>2</sup>, se situait dans un vaste massif boisé naturel éloigné du centre du bourg de Saint Hippolyte-du-Fort et qu'à l'exception de deux mazets, cette parcelle n'était pas bâtie, était entourée de tous ses côtés par d'autres vastes terrains non bâtis, à l'exception d'un petit mazet existant sur la parcelle mitoyenne au nord et, d'autre part, elle a estimé que le classement de cette parcelle en zone naturelle et forestière n'était pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation. En statuant ainsi, la cour, qui n'a pas méconnu le principe du caractère contradictoire de la procédure, n'a pas entaché son arrêt de dénaturation. 3. Il résulte de ce qui précède que M. B... n'est pas fondé à demander l'annulation de l'arrêt qu'il attaque.»*

Dès lors, le juge peut rendre une décision sur la base de données internet qu'il n'aurait pas préalablement communiqué aux parties.

D'après nos recherches, il semblerait que le Conseil d'Etat avait admis dans le passé des solutions analogues même pour des documents non traduits en français (voir en ce sens Conseil d'Etat, 22 octobre 2022, n° 328265 ou Conseil d'Etat, 30 décembre 2014, n° 371502).

## Présomption d'urgence et réduction des délais en matière d'autorisation d'urbanisme, construire à tout prix ?

### Conseil d'Etat, 2 mai 2024, avis n° 408259

Le nouveau projet de loi relatif au développement de l'offre de logements abordables a été déposé au Sénat le 6 mai 2024 suite à l'avis rendu par le Conseil d'Etat en date du 2 mai dernier.

Ce projet de loi se fonde sur quatre grandes orientations : Donner de nouveaux outils aux élus locaux pour faciliter les constructions, simplifier les procédures, augmenter les ressources allouées aux bailleurs sociaux et faciliter, plus largement, l'accès au logement pour l'ensemble des Français.

L'orientation relative à la simplification des procédures, et donc des procédures en matière d'autorisations d'urbanisme, n'a pas été suivie par le Conseil d'Etat dans le cadre de son avis n° 408259.

En effet, l'article 4 dudit projet prévoit d'introduire un nouvel article L. 600-3-1 dans le Code de l'urbanisme ainsi rédigé :

*« Lorsqu'un recours formé contre une décision d'opposition à déclaration préalable ou de refus de permis de construire, d'aménager ou de démolir est assorti d'un référé suspension sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, la condition d'urgence est présumée satisfaite ».*

*Si le mécanisme de la présomption d'urgence n'est pas nouveau et a depuis de nombreuses années été introduit par l'article L. 600-3 du Code de l'urbanisme, se dernier étant concentré sur les contestations des autorisations délivrées, la nature de ce mécanisme est sensiblement modifiée.*

*En effet, là où l'article L. 600-3 du Code de l'urbanisme permettait de considérer l'urgence comme étant présumée une fois passé le délai de cristallisation des moyens (deux mois après le premier mémoire en défense), le nouvel article L. 600-3-1 précité ne fait plus référence à cette cristallisation des moyens mais instaure une présomption d'urgence automatique et immédiate.*

*Ceci revenant peu ou prou à tout simplement faire disparaître le critère de l'urgence dans le cadre d'une procédure pourtant...urgente.*

*Cette dissociation des mécanismes n'a donc pas reçu l'aval du Conseil d'Etat, lequel a indiqué « que le dispositif envisagé par le projet de loi aurait pour effet de complexifier le traitement des requêtes de référé sans lien avec l'objectif recherché énoncé par l'étude d'impact ».*

*Sans supputer du futur, il est donc vraisemblable que les sénateurs vont devoir revoir leurs copies en calquant ce nouvel article sur le mécanisme existant de l'article L. 600-3 du Code de l'urbanisme.*

*Plus grande modification encore, l'article 4 du projet de Loi revient sur un délai existant depuis plusieurs décennies, à savoir le délai de deux mois pour contester tantôt une autorisation d'urbanisme délivrée tantôt une autorisation refusée.*

*Cet article prévoit donc l'instauration d'un nouvel article L. 600-14, aux termes duquel :*

*« Le délai d'introduction d'un recours gracieux ou hiérarchique à l'encontre d'une décision de non-opposition à une déclaration préalable ou d'un permis de construire, d'aménager ou de démolir est d'un mois. Le silence gardé pendant plus d'un mois sur ce recours par l'autorité compétente vaut décision de rejet.*

*Le délai de recours contentieux contre une décision mentionnée à l'alinéa précédent n'est pas prorogé par l'exercice d'un recours gracieux ou hiérarchique ».*

*Ces deux modifications majeures dans la gestion du contentieux des autorisations d'urbanisme ne pouvaient raisonnablement donner satisfaction au Conseil d'Etat, ce dernier ayant, à juste titre selon nous, retenu que « ces dispositions sont de nature à priver d'intérêt l'exercice du recours gracieux ou hiérarchique et à engager les requérants à porter directement le litige devant le juge administratif, au rebours des efforts engagés dans de très nombreuses matières pour réguler, grâce au recours administratif, le flux de recours contentieux ».*

*Le conseil concluant en indiquant que « ces dispositions sont de nature à accroître le caractère excessivement instable et dérogatoire des normes applicables à l'ensemble du contentieux du droit de l'urbanisme, au détriment de l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité des normes ».*

*Le projet de loi, à tout le moins en son article 4, devrait donc subir d'importantes modifications dans les prochaines semaines.*

C'est une chose aujourd'hui bien connue et de longue date pratiquée, les Communes, par nature compétentes pour instruire et délivrer les

autorisations d'urbanisme déposées sur leurs territoires, peuvent, en application de l'article L. 5211-4-1 du Code général des collectivités territoriales, transférer leur compétence d'instructeur aux établissements public de coopération intercommunale.

Que ce soit du fait de la complexification toujours constante des règles contenues dans les plans locaux d'urbanisme ou du manque de ressource à disposition des Communes, un nombre toujours croissant de Communes ont fait le choix de déléguer l'instruction des autorisations d'urbanisme à des services instructeurs intercommunaux.

Ce transfert ne porte toutefois que sur l'instruction des autorisations et en aucun cas sur la délivrance de ces mêmes autorisations, laquelle demeure la compétence propre de la Commune.

La compétence des services décentralisés d'instruction se limite donc ... à l'instruction des autorisations.

C'est ce qu'est venu rappeler le Conseil d'Etat dans sa décision du 27 février 2024 au sujet de la saisine, lors du dépôt d'une autorisation d'urbanisme valant autorisation d'exploitation commerciale, de la commission départementale d'aménagement commercial.

Une telle saisine, imposée par l'article R. 423-13-2 du Code de l'urbanisme, ne peut en aucun cas être effectué par le service instructeur intercommunal mais uniquement par l'autorité compétente pour délivrer les autorisations d'urbanisme, soit la Commune.

Cette décision apparaît donc comme étant une pique de rappel à l'ensemble des Communes ayant transféré l'instruction des autorisations



d'urbanisme visant à la plus grande vigilance de ces dernières compte-tenu de l'ensemble des prérogatives qui demeurent attachées à la compétence de

délivrance des autorisations d'urbanisme.

## CONTRATS ET MARCHÉS PUBLICS

Modification d'un marché public en cours d'exécution : la plume est serve, la parole aussi

CJUE, 7 décembre 2023, *communes de Razgrad et Balchik*, C-441/22 et C-443/22

L'arrêt commenté apporte d'utiles précisions quant à la nature « *substantielle* » de la modification d'un marché public en cours d'exécution.

Pour rappel, transposant une directive 2024/24/UE, le code de la commande publique n'autorise l'évolution des documents contractuels d'un marché public en cours d'exécution que dans les cas limitativement énumérés par son article L. 2194-1. Le Code évoque également l'hypothèse dans laquelle « *les modifications ne sont pas substantielles* ». En clair, un marché public peut faire l'objet de modifications dès lors que celles-ci « *ne sont pas substantielles* ».

Par son arrêt du 7 décembre 2023, la Cour de Luxembourg a considéré qu'une modification peut revêtir un caractère substantiel, quand bien même elle ne serait pas formalisée au moyen d'un avenant :

« *la qualification d'une modification d'un marché public en tant que « modification substantielle » de celui-ci ne saurait dépendre de l'existence d'un accord écrit signé par les parties au contrat de marché public et ayant pour objet une telle modification* ».

Il en résulte que des échanges de mails ou une simple conversation orale à l'occasion desquels les parties à un marché public acceptent de le modifier peuvent caractériser une modification de nature « *substantielle* ».

Justifiant cette solution, la Cour relève que retenir que des modifications « *ne sont pas substantielles* » au seul motif qu'elles n'ont pas été formalisées par voie d'avenant encouragerait des comportements irréguliers :

« *une interprétation selon laquelle la constatation d'une modification substantielle serait conditionnée par l'existence d'un tel accord écrit faciliterait le contournement des règles relatives à la modification des marchés en cours* ».

Il reste à déterminer l'étendue de cet apport jurisprudentiel. Bien que cela ne soit pas précisé par la Cour de Justice de l'UE, il y a tout lieu de considérer que le caractère substantiel d'une modification s'étend :

- au cas dans lequel la modification revêt une nature unilatérale. En effet, l'article L. 2194-1 (qui prohibe les modifications « *substantielles* » de marché public en cours d'exécution) ne distingue pas selon la nature

unilatérale ou conventionnelle de l'évolution du contrat ;

- aux contrats de concession. En effet, l'article L. 3135-1 du code de la commande publique dispose, en termes identiques à l'article L. 2194-1 relatif aux marchés publics, que les contrats

de concessions peuvent être modifiés en cours d'exécution si « *les modifications ne sont pas substantielles* ».

Les textes relatifs aux contrats de concession et de marché étant identiques, les solutions devraient l'être également.

## Résiliation par le juge administratif d'un contrat illégal : limitation du droit à indemnisation de l'ex-cocontractant

**CE, 2 février 2024, SOGECCIR, n° 471318**

La Commune de Saint-Benoît (l'acheteur public) a conclu avec la SOGECCIR une délégation de service public entachée de multiples irrégularités. Un soumissionnaire évincé a obtenu la résiliation de ce contrat dans le cadre d'un recours dit *Tarn-et-Garonne*. La SOGECCIR, cocontractant de la commune de Saint-Benoît, a alors demandé l'indemnisation de divers chefs de préjudice résultant de cette résiliation judiciaire notamment celui se rapportant au manque à gagner.

Cette demande indemnitaire ayant été rejetée en première instance, puis en appel, l'ex-cocontractant de la commune a formé un pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat.

Ce dernier a d'abord rappelé le sens de sa jurisprudence antérieure (CE, 10 juillet 2020, *société Comptoir négoce équipements*, n° 430864), à savoir que les préjudices subis par le cocontractant de l'administration en raison de la résiliation judiciaire d'un contrat illégal peuvent être réparés :

- sur le terrain quasi-contractuel de l'enrichissement sans cause, s'agissant des dépenses qu'il a exposées et qui ont été utiles à la collectivité ;
- sur le terrain de la responsabilité pour faute, s'agissant des autres postes de préjudice.

Le Conseil d'Etat a ensuite relevé, là encore conformément à une solution antérieure (CE, 6 octobre 2017, *société Cegelec Perpignan*, n° 395268) que

l'indemnisation du cocontractant de la personne publique est subordonnée à l'existence d'un lien de causalité direct entre le préjudice subi par le premier et la faute de la seconde (la conclusion d'un contrat illégal). Ce lien de causalité n'est pas établi lorsque l'illégalité du contrat est liée à des manquements intervenus lors de sa passation, qui ont eu une incidence déterminante sur l'attribution du contrat.

Cette règle obéit à un motif d'équité. Bien que lésé par la résiliation d'un contrat illégal, le cocontractant de l'administration ne saurait prétendre à indemnisation de la rémunération qu'il aurait tirée de son exécution s'il s'avère qu'il n'en aurait pas été attributaire dans l'hypothèse où ce contrat avait été régulièrement conclu. En d'autres termes : pas d'indemnisation d'un cocontractant auquel l'illégalité du contrat a profité.

En l'espèce, l'illégalité du contrat avait une triple origine : une qualification erronée (délégation de service public, au lieu de marché public), un défaut de publication d'un avis d'attribution de niveau européen et une durée d'exécution excessivement longue.

Le Conseil d'Etat a considéré que ces motifs d'illégalité de passation du contrat ont revêtu une influence déterminante dans son attribution à la SOGECCIR, écartant ainsi un lien de causalité entre le préjudice qu'elle subit (manque à gagner), pourtant incontestable, et la

faute de la commune (conclusion d'un contrat illégal), également incontestable.

Reste à savoir si l'illégalité du contrat, résultant de l'une seulement des trois motifs d'irrégularité précités, aurait également caractérisé un manquement « *ayant une incidence déterminante sur l'attribution du contrat* ». A cet égard, il

reviendra au juge administratif d'affiner, à l'occasion de futures décisions, le niveau de gravité du manquement dans la procédure de passation en deçà duquel l'ex-cocontractant conserve un droit à indemnisation.

## COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

### Le directeur d'un SPIC doit être fonctionnaire

#### Conseil d'État, Chambres réunies, 4 décembre 2023, n° 462867

Par analogie au directeur d'EPIC, le directeur d'un service public industrielle et commercial (SPIC) doté de l'autonomie financière est traditionnellement recruté hors statuts de la fonction publique.

En l'absence de dispositif législatif clair, un doute persistait cependant sur la légalité d'une telle pratique.

Le Conseil d'Etat a pu mettre fin à cette incertitude dans un arrêt de décembre 2023.

En l'espèce, le syndicat intercommunal de distribution d'eaux du Nord - syndicat intercommunal d'assainissement du Nord (SIDEN-SIAN) avait recruté un directeur dans des conditions similaires à celle d'un directeur d'EPIC, c'est-à-dire comme contractuel.

Le tribunal administratif de Lille, suite à la saisie par le préfet du Nord, déclara l'ensemble des actes relatifs à la procédure de recrutement irrégulière.

Cette décision a été confirmée en deuxième instance.

Dans sa décision en appel, le Conseil d'Etat précise dans un premier temps que :

« 5. (...) le directeur d'une régie dotée de la seule autonomie financière assurant la gestion des services publics de l'eau et de l'assainissement, créée dans les conditions prévues par l'article L. 2221-14 du code

*général des collectivités territoriales, a la qualité, en tant que directeur d'un service public industriel et commercial, d'agent public. **L'emploi correspondant**, créé par un syndicat mixte relevant de l'article L. 5711-1 du même code satisfait à des besoins permanents, **présente ainsi le caractère d'un emploi permanent** au sens de l'article 3 de la loi du 13 juillet 1983, et est soumis aux dispositions de la loi du 26 janvier 1984. D'autre part, les dispositions de l'article 41 de la loi du 26 janvier 1984, même si elles ne font pas mention de la dérogation prévue par l'article 3-3 de cette même loi au principe selon lequel les emplois permanents ne peuvent être occupés de manière permanente que par des agents titulaires, subordonnent tout recrutement effectué par une collectivité territoriale pour pourvoir un emploi permanent vacant ou nouvellement créé à l'accomplissement de mesures de publicité, y compris lorsque le recrutement d'un agent contractuel est autorisé et envisagé, sous réserve de l'exception prévue pour les emplois énumérés à l'article 47 de la même loi. »*

Le Conseil d'Etat considère donc que le poste de directeur d'un SPIC doit être pourvu par un fonctionnaire et que ce recrutement doit être précédé d'une publicité.

Cette décision emporte donc une distinction importante selon que le service industriel ou commercial est géré

en régie sous personnalité morale ou par un établissement public (EPIC).

Enfin, le Conseil d'Etat précise que :

**« 13. C'est sans erreur de droit et par un arrêt suffisamment motivé que la cour administrative d'appel a jugé que, eu égard au motif d'annulation du contrat de M. B..., tiré de ce que le recrutement de ce dernier n'avait pas été précédé des formalités de publicité préalable requises, ce contrat ne pouvait faire l'objet d'une régularisation, et qu'elle a rejeté pour ce motif les conclusions de M. B... tendant à ce qu'il soit enjoint au SIDEN-SIAN de procéder à une telle régularisation. »**

Le Conseil d'Etat ici en conclut que la procédure de publicité n'ayant pas été

suivie, le contrat directeur ne peut faire l'objet d'aucune régularisation.

Le SIDEN\_SIAN doit donc proposer à l'agent irrégulièrement recruté comme directeur un nouvel emploi et indemniser celui-ci.

Le Conseil d'Etat, par cet arrêt, pose le principe de l'assujettissement du recrutement du poste de directeur d'un SPIC à la procédure de recrutement d'un poste permanent de la fonction publique, et donc à l'obligation de publicité préalable du poste vacant.