

Droit de la commande publique

11 novembre 2020 - Précisions sur l'étendue des informations à apporter aux candidats en matière de concessions

Dans le cadre de cette affaire, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de rappeler que les concessions sont soumises aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures qui sont des principes généraux du droit de la commande publique.

Pour en assurer le respect, la personne publique doit alors apporter aux candidats à l'attribution d'une concession, avant le dépôt de leurs offres, une information suffisante sur la nature et l'étendue des besoins à satisfaire.

Il avait déjà eu l'occasion d'évoquer l'étendue des informations à apporter aux candidats en matière de concessions dans le cadre de plusieurs décisions (CE, 23 mai 2008, *Musée Rodin*, req. n° 306153 : les caractéristiques essentielles de la délégation ; CE, 15 novembre 2017, *Commune du Havre*, req. n° 412644 : le montant des investissements à réaliser et à amortir qui implique une détermination insuffisante du besoin ; CE, 23 décembre 2009, *Etablissement public du musée et domaine national de Versailles*, req. n° 328827 : le critère de sélection des offres).

Dans le prolongement de ces jurisprudences, le juge de cassation précise, dans la décision commentée, que s'il appartient à la personne publique, au titre de son obligation d'information suffisante « *d'indiquer aux candidats les caractéristiques essentielles de la concession et la nature et le type des investissements attendus ainsi que les critères de sélection des offres* », elle n'est toutefois pas tenue « *d'indiquer précisément aux candidats l'étendue et le détail des investissements qu'elle souhaite les voir réaliser, elle n'est pas tenue de le faire à peine d'irrégularité de la procédure* ».

Elle peut effectivement « *après avoir défini les caractéristiques essentielles de la concession, de laisser les candidats définir eux-mêmes leur programme d'investissement, sous réserve qu'elle leur ait donné des éléments d'information suffisants sur la nécessité de prévoir des investissements, sur leur nature et leur consistance et sur le rôle qu'ils auront parmi les critères de sélection des offres.* ».

[CE, 6 novembre 2020, Société du grand casino de Dinant, req. n° 437946](#)

24 novembre 2020 - Précisions sur la détermination du régime de contestation d'un avenant

Dans le cadre de l'affaire commentée, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser le régime applicable à la contestation d'un avenant.

Il rappelle au préalable qu'en vertu de sa décision *Tarn-et-Garonne* du 4 avril 2014, la contestation de la validité des contrats administratifs par les tiers doit faire l'objet d'un recours de pleine juridiction dans les conditions définies

par cette décision et ne trouve à s'appliquer qu'à l'encontre des contrats signés à compter du 4 avril 2014, date de sa lecture.

En effet la contestation des contrats signés antérieurement à cette date continue d'être appréciée au regard des règles applicables avant cette décision. (CE, 4 avril 2014, *Tarn-et-Garonne*, req. n° 358994).

Il précise, conformément à ce principe, que le régime de contestation des avenants à un contrat est fonction de la date de signature de l'avenant.

Ainsi, un avenant signé après le 4 avril 2014 doit être contesté dans les conditions prévues par la décision Tarn-et-Garonne, soit par le biais d'un recours de pleine juridiction en contestation de validité et ce quand bien même il modifie un contrat signé antérieurement à cette date (voir également sur ce point CAA de Douai, 3 mai 2018, *Mme E*, req. n° 358994).

A l'inverse, un avenant signé avant le 4 avril 2014 ne doit pouvoir être contesté que par le biais de ses actes détachables et dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir.

Le Conseil d'Etat conclut en ce sens, dans le cadre de l'espèce, que les délibérations du 22 décembre 2006, du 10 juillet 2009 et du 21 décembre 2012 attaquées sont relatives à des avenants au contrat de concession antérieurs au 4 avril 2014.

Aussi, eu égard à la date de conclusion de ces avenants, elles constituent, avec la décision refusant de les retirer, des actes détachables du contrat de concession susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

[CE, 20 novembre 2020, Association Trans'Cub, req. n° 428156.](#)

27 novembre 2020 - Il incombe au juge administratif, dans le cadre de son contrôle, de vérifier si les justifications et précisions apportées par une entreprise, ayant vu son offre rejetée au motif qu'elle était anormalement basse, sont suffisantes

Le Conseil d'Etat est venu rappeler qu'il incombe au juge administratif, saisi d'une demande de censure d'un marché par un candidat qui a vu son offre rejetée en raison de son caractère anormalement bas, de vérifier le caractère suffisant des précisions et justifications apportés par ce dernier. Et, dans le cas où l'éviction de ce candidat serait irrégulière, ce dernier a droit à une indemnité tendant à réparer son préjudice.

En l'occurrence, l'office public de l'habitat A. (ci-après, « l'OPH ») a initié, en novembre 2014, une consultation tendant à l'attribution d'un marché ayant pour objet le nettoyage des parties communes et abords de ses immeubles. Ce marché était découpé en trois lots, chacun des lots étant affecté à un secteur précis.

Le 2 février 2015, l'OPH a invité par courriel la société C., candidate aux trois lots, à lui apporter des précisions sur ses prix unitaires. Néanmoins, la société C a vu son offre rejetée pour chacun des trois lots au motif qu'elle était anormalement basse.

L'OPH a décidé de se pourvoir en cassation contre l'arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de Marseille qui a porté à 35.000 euros l'indemnité mise à la charge de ce dernier en raison de l'éviction irrégulière de la société C. de la procédure d'attribution du contrat querellé.

Le Conseil d'Etat rappelle, tout d'abord, le principe fermement établi selon lequel l'acheteur a l'obligation de rejeter une offre anormalement basse et qu'en présence d'une offre qui semblerait anormalement basse, il incombe à ce dernier de solliciter les précisions et justifications nécessaires en vue d'expliquer le prix remis :

*« Le fait, pour un pouvoir adjudicateur, de retenir une offre anormalement basse porte atteinte à l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public. Il résulte des dispositions précitées que, quelle que soit la procédure de passation mise en oeuvre, il incombe au pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre paraît anormalement basse de solliciter auprès de son auteur toutes précisions et justifications de nature à expliquer le prix proposé. Si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre » (CE, 29 mai 2013, *Ministre de l'intérieur c/ société Artéis*, req. n°366606).*

Ce considérant de principe rappelle très clairement que ce n'est que si les précisions et justifications, apportées par la société dont l'offre est suspectée comme étant anormalement basse, ne sont pas suffisantes pour considérer que le prix n'est pas anormalement bas que l'acheteur devra rejeter l'offre.

En l'occurrence, le Conseil d'Etat confirme le raisonnement retenu par la Cour administrative d'appel de Marseille soulignant le **caractère suffisant des justifications** apportées par la société C. en réponse à la demande de l'OPH et ce *« au regard tant de la précision de cette demande que du prix proposé par la société candidate »*.

Puis, après avoir relevé le caractère suffisant des justifications données par la société en cause à la demande de l'OPH, le Conseil d'Etat souligne que la Cour administrative d'appel de Marseille n'a pas commis d'erreur en estimant que la société C avait apporté **les justifications suffisantes** pour permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier que son offre n'était pas manifestement sous-évaluée.

Aussi, au regard du caractère suffisant des justifications apportées par le candidat en vue d'expliquer le prix proposé, le Conseil d'Etat confirme le raisonnement tenu par le juge d'appel.

Le Conseil d'Etat rappelle ainsi que, dans le cadre de son contrôle, il incombe au juge administratif de vérifier que les justifications apportées par l'entreprise sont bel et bien suffisantes en vue de vérifier le caractère anormalement bas ou non de l'offre.

Enfin, le Conseil d'Etat confirme l'arrêt rendu par la Cour administrative d'appel de Marseille qui avait condamné l'OPH à verser une indemnité de 33.000 euros au titre de son manque à gagner résultant de son éviction irrégulière à l'attribution des lots litigieux

[CE, 13 novembre 2020, *Office public de l'habitat Alès Agglomération - Logis Cévenol*, req. n°432791](#)

Droit de la construction

16 novembre 2020 - L'installation d'un système de climatisation peut constituer un ouvrage au sens de l'article 1792 du code civil et entraîner en conséquence l'application de la garantie décennale du constructeur

Après acquisition d'un bâtiment afin de l'aménager en hôtel, la société Aza a, dans le cadre des travaux de rénovation et de réhabilitation de cet ouvrage, confié les travaux de conception et d'installation de la climatisation à la société Dim Froid.

Ces travaux ont été exécutés, si bien que l'hôtel a pu ouvrir en septembre 2005.

Néanmoins, la climatisation est tombée en panne en décembre 2009.

La société Aza a une première fois fait appel à la société EG Réfrigération, qui a diagnostiqué une défaillance du compresseur installé par la société Dim Froid, et en a préconisé le remplacement. Suivant ces conseils, la société Aza a fait procéder au changement du compresseur et a fait installer des radiateurs électriques.

En juin 2011, l'installation faisant disjoncter les protections électriques, la société Aza a une seconde fois fait appel à la société EG Réfrigération, laquelle a de nouveau diagnostiqué une panne de compresseur.

La société Aza s'est rapproché de la société Anquetil aux fins d'obtenir son avis sur le diagnostic établi par la société EG Réfrigération. La société Anquetil l'a confirmé et a effectué des travaux de réparation, consistant en l'installation d'un système de filtration de façon à épurer le liquide frigorigène de pollution d'huile et autres matériaux en suspension, et est par la suite intervenue à quatre reprises pour changer les cartouches filtrantes.

C'est ainsi que la société Aza a, après expertise, assigné la société Dim Froid en indemnisation des préjudices subis sur le fondement de la garantie décennale.

Saisie de ce contentieux, la cour d'appel de Reims a, aux termes d'un arrêt rendu le 23 avril 2019, condamné la société Dim Froid à verser à la société Aza les sommes de 27.882,85 euros au titre du préjudice matériel et 8.000 euros au titre de la perte d'image.

Manifestement lésée par cette décision, la société Dim Froid s'est pourvue en cassation, considérant :

- *Premièrement*, que la garantie décennale ne saurait s'appliquer en l'espèce faute de construction d'un ouvrage ;
- *Deuxièmement*, que la réception tacite des travaux ne saurait être caractérisée à la date du 26 mai 2006, en l'absence de volonté équivoque de la société Aza de recevoir lesdits travaux ;
- *Troisièmement*, que si la réception tacite des travaux était caractérisée, elle ne saurait être intervenue le 26 mai 2006, dans la mesure où la société Aza en a pris possession en septembre 2005 ;
- *Quatrièmement*, que si la réception tacite des travaux était caractérisée, elle ne saurait être intervenue le 26 mai 2006, date du paiement du solde des travaux par la société Aza, dans la mesure où la société Dim Froid

lui avait adressé sa facture de solde le 29 novembre 2004 et que le délai de paiement ne résultait pas d'une contestation de la qualité des travaux ;

- *Cinquièmement et dernièrement*, que la société Dim Froid n'était tenue à aucune garantie, en raison de l'intervention de tiers sur l'installation de climatisation.

En dépit des moyens allégués par la société Dim Froid, la Cour de cassation confirme l'arrêt rendu par la cour d'appel de Reims, laquelle n'a commis aucune erreur de droit ou de fait dans l'application des articles 1792 et suivants du code civil, en ce que :

- *En premier lieu*, les travaux effectués par la société Dim Froid ont porté sur la construction d'un ouvrage. En effet, la troisième chambre civile retient que les sociétés Aza et Dim Froid ont conclu un contrat de fourniture et de pose d'une installation de chauffage incluant la fourniture et la mise en place de toute l'installation de climatisation de l'hôtel avec pose des compresseurs, climatiseurs, gaines et canalisations d'air dans et à travers les murs du bâtiment.
- *En deuxième lieu*, l'action en garantie décennale a commencé à courir à compter du 26 mars 2006. En effet, si l'hôtel avait effectivement ouvert en septembre 2005, le paiement intégral de la facture n'était intervenu que le 26 mai 2006. Or, la Cour retient que la réception tacite résulte de la prise de possession des ouvrages associée au paiement intégral des travaux.
- *En troisième lieu*, la responsabilité décennale de la société Dim Froid est engagée, au motif qu'elle a installé une climatisation entachée d'un vice de construction résultant d'une puissance insuffisante pour lui permettre de fonctionner normalement et d'être pérenne.

La troisième chambre civile rejette donc le pourvoi formé par la société Dim Froid.

[Cass., 3^e civ., 12 novembre 2020, n° 19-18213](#)

30 novembre 2020 - La connaissance, par l'acquéreur d'un bien immobilier, d'un désordre préalablement à la conclusion d'un contrat de vente fait obstacle à l'engagement d'une action en responsabilité sur le fondement de la garantie des vices cachés

Par acte notarié en date du 5 juin 2013, la société Foncière Europe a vendu à la Société d'exploitation hôtelière Paris la Courneuve (ci-après, la société « Paris la Courneuve ») une villa à usage d'habitation.

Prétextant que l'immeuble nouvellement acquis était affecté d'un désordre d'étanchéité dont elle n'avait eu connaissance de l'ampleur et des conséquences qu'après la vente, la société Paris la Courneuve a, après expertise, assigné la société Foncière Europe afin de la voir condamner à lui verser des dommages-intérêts, sur le fondement de la garantie des vices cachés.

Aux termes d'un arrêt rendu le 20 juin 2019, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a rejeté la demande formée par la société Paris la Courneuve.

Manifestement insatisfaite de cette décision, la société Paris la Courneuve s'est pourvue en cassation, soutenant

que les juges d'appel auraient privé leur décision de base légale au regard des articles 1641 et 1642 du code civil, au motif que si le désordre d'infiltration était effectivement apparent avant la vente, elle n'avait pu en déceler l'ampleur et ses conséquences.

En dépit de cet unique moyen de cassation, la Cour de cassation relève que la société Paris la Courneuve avait, cinq mois avant la vente, fait effectuer une visite technique de la villa par l'entreprise AG31, laquelle avait relevé des défauts dans la mise en œuvre de l'étanchéité, et notamment les fixations à travers l'étanchéité des unités de climatiseurs, la pénétration des gaines et câbles à travers l'étanchéité et le manque d'étanchéité en relevés des poutres béton.

A cela s'ajoute que lors de l'expertise diligentée postérieurement à la vente, l'expert avait pu déceler par un simple examen visuel des défauts concernant :

- La forme de pente de la terrasse,
- L'absence de protection des relevés de la terrasse accessibles et de dispositif écartant les eaux de ruissellement en tête,
- La mauvaise étanchéité en périphérie des châssis d'accès toiture et éclairant posés sur des costières béton, qui sont fixés à l'aide de barre de seuil de portes intérieures, affectant l'étanchéité, tant dans leur ampleur que leurs conséquences prévisibles.

Ce faisant, la troisième chambre civile considère que la cour d'appel avait parfaitement déduit que la société Paris la Courneuve avait eu connaissance de l'étanchéité défectueuse de la villa préalablement à la conclusion du contrat de vente. En conséquence, la société Paris la Courneuve ne pouvait former une demande de versement de dommages-intérêts sur le fondement de l'existence de vices cachés.

Dans ces conditions, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par la société Paris la Courneuve.

[Cass., 3^e civ., 12 novembre 2020, n° 19-22878](#)

Droit de la fonction publique

4 novembre 2020 - Protection des agents publics face aux attaques dont ils font l'objet : la circulaire du 2 novembre 2020 renforce le rôle des managers

Après avoir rappelé que des menaces et attaques d'un nouveau genre sont apparues à la suite, notamment, de l'usage des nouveaux outils numériques, du développement de discours en ligne haineux ou contraires aux valeurs

de la République, le Gouvernement a rappelé, dans sa circulaire du 2 novembre 2020, que le devoir de protection des agents publics qui incombe à tous les responsables publics « *apparaît plus que jamais comme une obligation primordiale* ».

Dans ce cadre, il appartient en premier lieu aux responsables publics de mobiliser, à tous les niveaux de l'administration, les managers.

Afin de permettre aux agents de bénéficier d'un soutien renforcé et systématique de la part de leur employeur la sensibilisation et la formation systématique des managers et chefs de service sur les obligations qui incombent à l'employeur en termes de protection devront être prévues.

En outre, le rôle accru de tous les échelons hiérarchiques dans la chaîne de signalement et de remonté des menaces est rappelé.

En deuxième lieu, il appartiendra aux responsables publics de prendre pleinement en compte les menaces et attaques dont les agents publics peuvent faire l'objet sur les espaces numériques.

Ainsi, dans le cas où un fonctionnaire ou un agent serait diffamé, menacé ou encore injurié sur les réseaux sociaux, il appartiendra à tout employeur notamment :

- en usant de son droit de réponse ou de rectification en tant qu'employeur au soutien à l'agent victime de l'attaque ;
- en signalant sur la plateforme d'harmonisation, d'analyse, de recoupement et d'orientation des signalements PHAROS du ministère de l'intérieur tout contenu suspect ou illicite constitutif notamment des faits d'incitation à la haine ou de terrorisme et d'apologie du terrorisme ;
- en signalant auprès d'un hébergeur ou d'un fournisseur d'accès un contenu manifestement illicite.

En troisième lieu, il appartiendra aux employeurs de mettre en place un suivi systématique des menaces ou attaques dont font l'objet les agents publics.

[Circulaire MEFI-D20-09086 du 5 novembre 2020](#)

Droit de l'urbanisme

2 novembre 2020 - En matière de permis de construire, l'affichage incomplet peut tout de même permettre le déclenchement du délai de recours contentieux à l'égard des tiers

Pour mémoire, l'article R. 600-2 du code de l'urbanisme prévoit que les tiers disposent, à l'encontre d'une autorisation d'urbanisme, d'un délai de recours contentieux de deux mois, lequel est applicable à compter de

l'affichage de ladite autorisation sur le terrain.

Les modalités d'affichage de l'autorisation d'urbanisme sont explicitées aux termes de l'article R. 424-15 du même code. En effet, l'autorisation d'urbanisme doit être affichée sur le terrain de manière visible depuis l'extérieur, et ce, dès la notification de l'arrêté.

Le contenu de l'affichage est quant à lui précisé par l'article A. 424-16 du code de l'urbanisme, dont les dispositions prévoient que le panneau servant à l'affichage doit indiquer le nom du bénéficiaire de l'autorisation d'urbanisme, la date et le numéro de cette autorisation, la nature du projet, la superficie du terrain, ainsi que l'adresse de la mairie où le dossier peut être consulté.

A la faveur d'un arrêt rendu le 16 octobre dernier, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur le déclenchement du délai de recours contentieux que peuvent actionner les tiers à l'encontre d'un permis de construire, en présence d'un affichage incomplet.

Plus précisément, il était question de savoir si le défaut de renseignement de l'adresse de la mairie où le dossier de permis de construire pouvait être consulté était de nature à empêcher le déclenchement du délai de recours contentieux prévu par l'article R. 600-2 du code de l'urbanisme.

Le Conseil d'Etat considère que si les mentions relatives à l'identification du permis de construire et au lieu de consultation du dossier prévues par l'article A. 424-16 du code de l'urbanisme doivent figurer par principe sur le panneau d'affichage, une erreur ou une omission entachant l'une de ces mentions n'a pas nécessairement pour effet de priver le délai de recours contentieux de cours.

En effet, le délai de recours contentieux n'est pas déclenché *« que dans le cas où cette erreur est de nature à affecter la capacité des tiers à identifier, à la seule lecture du panneau d'affichage, le permis de construire et l'administration à laquelle il convient de s'adresser pour consulter le dossier »*.

Or, en l'espèce, le tribunal administratif de Bastia avait jugé que l'affichage du permis de construire litigieux sur le terrain n'était pas régulier, dans la mesure où le panneau d'affichage ne mentionnait pas l'adresse de la mairie où le dossier pouvait être consulté. Cette circonstance était d'autant plus aggravante compte tenu de la taille de la commune d'Ajaccio et de la dispersion des services municipaux sur le territoire de la commune. Ainsi, considérant que cette mention revêtait un caractère substantiel, le tribunal administratif avait jugé que le délai de recours contentieux à l'égard des tiers n'avait pu être déclenché.

Le Conseil d'Etat censure cette interprétation pour erreur de droit, estimant que cette erreur n'avait pas pu affecter la capacité des tiers à identifier le permis de construire et l'administration à laquelle il fallait s'adresser – la commune d'Ajaccio en l'occurrence – pour pouvoir consulter le dossier.

[CE, 16 octobre 2020, Société Chemin de Trabacchina SAS, req. n° 429357](#)

Droit des transports publics

23 novembre 2020 - Projet de décret relatif au transfert de gestion des « petites lignes » : publication de l'avis rendu le 22 octobre 2020 par l'Autorité de régulation des transports

Pour mémoire, l'article 172 de la loi n° 2019-1458 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités (LOM) a introduit en droit positif la possibilité, pour les autorités organisatrices de transport ferroviaire, de solliciter un transfert de gestion portant sur tout ou partie des missions de gestion d'infrastructure s'agissant des lignes dites d'intérêt local ou régional et à faible trafic. L'ouverture de cette faculté – codifiée aux articles L. 2111-1 et L. 2111-9-1-A du code des transports – a répondu à la volonté de donner davantage de responsabilité aux régions lorsque cela apparaît pertinent pour l'amélioration de la performance de ces lignes qui ne revêtent, bien souvent, pas de dimension stratégique à l'échelle de la gestion nationale de l'infrastructure.

L'essentiel du régime juridique de ces transferts de gestion (catégories de lignes concernées, modalités, notamment financières, du transfert) doit être défini par décret, dont l'adoption est prévue avant la fin de l'année civile. Le gouvernement avait saisi l'Autorité de régulation des transports (ART), d'un projet qui a fait l'objet d'un avis rendu le 22 octobre dernier.

Dans son avis, l'ART rappelle que ce dispositif a pour effet de faire sortir du giron de SNCF Réseau et SNCF Gares & Connexions certaines infrastructures ferroviaires et installations de service, mais qu'il ne doit en aucun cas se traduire par une remise en cause de l'applicabilité des grands principes relatifs à l'accès au réseau (transparence, non-discrimination, équité), ni des exigences d'interopérabilité et de sécurité ferroviaires.

L'ART relève, *en premier lieu*, s'agissant de la consistance des lignes d'intérêt local ou régional et à faible trafic susceptibles de faire l'objet d'un transfert de gestion, que les critères de définition n'apparaissent « *pas aussi [restrictifs] que la loi semble l'exiger* ».

En particulier, s'agissant des lignes d'intérêt régional, dont le projet de décret précise qu'il s'agit de celles qui, au cours des trois derniers horaires de service, ont accueilli au moins 90 % de services conventionnés organisés par les AOT, ou n'ayant accueilli aucun trafic, l'ART souligne que le transfert de gestion effectif devra s'accompagner de garanties suffisantes pour permettre la poursuite de la coactivité (lignes qui continueront à accueillir d'autres services de transport de voyageurs ou de fret).

Surtout, concernant le critère du « *faible trafic* », le projet de décret renvoie à des éléments de définition contenus dans le contrat de performance conclu entre l'Etat et SNCF Réseau, les parties à ce contrat pouvant ainsi modifier la consistance des lignes à faible trafic en modifiant le contenu du contrat de performance. L'ART estime que cette rédaction « *ne permet pas de connaître avec suffisamment de précision et dans la durée les lignes concernées par l'article 172 de la [LOM] et, avec elles, le champ matériel d'application des régimes juridiques qu'il prévoit* ».

Le transfert de gestion peut également porter, en complément des lignes ferroviaires, sur des installations de

services « *exclusivement dédiées aux lignes (...) dont le transfert est souhaité* ». Alors que le projet de décret précise que la demande de l'AOT peut porter sur « *un ensemble cohérent de gares exclusivement dédiées à la ligne* » transférée, l'ART estime que les termes « *exclusivement dédiées* » sont insuffisants pour s'assurer, ce qui lui semble souhaitable, que « *seules les gares durablement mono-transporteurs puissent faire l'objet d'un transfert de gestion* », lorsque cette dernière sera transférée à une entreprise ferroviaire conventionnée.

L'ART relève, *en deuxième lieu*, que les obligations des AOT bénéficiaires du transfert (ou du tiers qu'elles désigneraient pour en bénéficier) sont insuffisamment définies.

S'agissant, tout d'abord, des missions de gestion de l'infrastructure, l'ART regrette que, compte tenu de la nature des infrastructures concernées, susceptibles d'entrer dans le champ des dérogations prévues par la directive 2012/34/UE, un cadre minimal n'ait pas été défini dans le texte, s'agissant des obligations d'accès au réseau, de sécurité et d'interopérabilité. Elle craint que cette carence du texte n'aboutisse à complexifier la tâche des AOT dans l'hypothèse où elles entendraient externaliser la gestion de ces missions et où elles pourraient se heurter à la difficulté d'en définir la consistance. La même critique est formulée s'agissant des installations de services.

En troisième lieu, l'ART émet également des réserves sur les dispositions du projet de décret relatives à la compensation financière des transferts de gestion.

Elle estime, ainsi, que s'agissant de l'évaluation de l'impact économique du transfert, l'approche retenue par le projet de décret est trop imprécise et risque d'exposer à des difficultés de mises en œuvre entre les parties prenantes.

Elle relève également, concernant les redevances prises en compte pour définir la compensation financière, que le projet de décret vise sous les termes « *redevances liées aux circulations de trains* », que leur champ est ambigu dans la mesure où ces termes ne renvoient pas à une catégorie normative de redevances et où, en toute hypothèse, la détermination des recettes à prendre en compte est insuffisamment précise.

Le régulateur observe, enfin, que le projet de décret souffre également d'imprécisions s'agissant des coûts à prendre en compte pour établir le montant de la compensation financière.

L'Autorité préconise, en conclusion, d'améliorer sensiblement la lisibilité et la simplicité du système de compensation, de manière à atteindre la neutralité économique du transfert pour SNCF Réseau, en prenant en compte le cas échéant, les effets d'échelle négatifs induits par le transfert pour SNCF Réseau, qui devraient renchérir le coût du transfert pour les AOT.

[Autorité de régulation des transports, avis n° 2020-069 du 22 octobre 2020](#)

Droit public général

6 novembre 2020 - La résurgence de l'expérimentation locale : le projet de loi organique en

discussion devant le Parlement

Introduite par la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 et inscrite à l'article 72 alinéa 4 de la Constitution, l'expérimentation locale permet aux collectivités territoriales et à leurs groupements de déroger, lorsque la loi ou le règlement l'a prévu, à des normes législatives ou réglementaires régissant l'exercice de leurs compétences. Cet outil d'innovation dans la conduite des politiques publiques n'a toutefois été saisi par les collectivités territoriales qu'à seulement quatre reprises, notamment au sujet de la tarification sociale de l'eau. En effet, l'expérimentation locale est particulièrement complexe à mettre en œuvre et peut dissuader les acteurs locaux. La procédure constitutionnelle actuelle prévoit que la loi autorisant l'expérimentation doit préciser son objet, sa durée (cinq années maximum), les caractéristiques des collectivités susceptibles d'expérimenter et les dispositions auxquelles il pourra être dérogé (Art. LO. 1113-1 du CGCT).

Ensuite, les collectivités territoriales peuvent manifester leur intention d'y recourir par l'adoption d'une délibération motivée de leur assemblée délibérante. Puis, un décret ministériel fixe la liste des collectivités autorisées à participer à l'expérimentation (Art. LO1113-2 du CGCT).

Avant l'expiration de la durée fixée pour l'expérimentation, le gouvernement transmet un rapport d'évaluation au Parlement qui doit se prononcer sur l'avenir de l'expérimentation. Il peut décider de la prolonger (trois années maximum), la modifier, la maintenir en vue d'une généralisation ou l'abandonner (Art. LO1113-5 et LO1113-6 du CGCT).

Afin de favoriser le recours à ces expérimentations, la ministre de la cohésion des territoires et des relations avec les collectivités territoriales, Jacqueline Gourault, a présenté un projet de loi organique « *relatif à la simplification des expérimentations* » lors du conseil des ministres du 29 juillet 2020.

En substance, ce texte prévoit que les collectivités pourront décider par une simple délibération de participer à une expérimentation sans qu'il leur soit nécessaire d'y être autorisées par décret. Par ailleurs, il consacre deux nouvelles issues aux expérimentations locales :

- d'une part, le possible maintien des mesures prises à titre expérimental – sans généralisation – dans tout ou partie des collectivités ayant participé à l'expérimentation et leur extension à d'autres collectivités territoriales et,
- d'autre part, les normes qui régissent l'exercice de la compétence locale ayant fait l'objet de l'expérimentation pourront être modifiées à l'issue de celle-ci.

C'est dans ce contexte que le 3 novembre 2020, les sénateurs ont largement adopté en première lecture ledit projet de loi organique (par 327 voix pour et 15 voix contre). La version présentée aux sénateurs n'a quasiment pas été amendée. Au titre des rares modifications, les sénateurs ont ajouté que la pérennisation sur une partie seulement du territoire pourra être réalisée sous réserve de respecter le principe constitutionnel d'égalité (Art. 6 du projet de loi).

Ce texte qui marque un droit à la différenciation des collectivités territoriales, n'est que, selon les dires de Jacqueline Gourault au Palais du Luxembourg, la première étape dans un projet plus vaste : « *Dès janvier 2021, je*

présenterai le second temps de cette nouvelle étape de la décentralisation, avec le projet de loi dit « 3D » ou « 4D » : différenciation, décentralisation et déconcentration, auxquelles s'ajoute décomplexification ».

[Projet de loi organique relatif à la simplification des expérimentations](#)

[Texte n° 14 \(2020-2021\) adopté par le Sénat le 3 novembre 2020](#)

9 novembre 2020 - Contrat passé entre une personne publique et une personne privée : la présence d'une clause exorbitante du droit commun stipulée au bénéfice de la personne privée ne confère pas par elle-même au contrat le caractère d'un contrat administratif

Saisi par renvoi de la Cour administrative d'appel de Marseille en vertu de l'article 35 du décret du 27 février 2015, le Tribunal des Conflits avait à juger de la qualification d'un contrat conclu entre une société publique locale d'aménagement (SPLA) et l'Institut national de recherches archéologiques préventives (INRAP).

Ce contrat, conclu entre une personne morale de droit privé (la SPLA) et une personne morale de droit public (l'INRAP), présentait la particularité de comporter des clauses exorbitantes du droit commun, notamment le pouvoir de résilier unilatéralement la convention pour motif d'intérêt général, conclues au bénéfice de la SPLA.

Le Tribunal des Conflits, dans un arrêt rendu le 2 novembre 2020, après avoir rappelé qu' « *un contrat passé entre une personne publique et une personne privée qui comporte une clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs, est un contrat administratif* » (selon la formulation déjà utilisée précédemment - voir TC, 13 octobre 2014, *Société AXA France IARD c/ MAIF*, n° C3963), a précisé qu'en l'espèce, l'existence de telles clauses au seul bénéfice de la personne morale de droit privé « n'est pas de nature à faire regarder ce contrat comme administratif ».

L'existence de clauses exorbitantes ne suffit donc pas à caractériser l'administrativité d'un contrat conclu entre une personne publique et une personne privée : encore faut-il qu'elles soient stipulées au bénéfice de la personne publique.

Précisons que, dans cette affaire, le Tribunal des Conflits a tout de même conclu au caractère administratif du contrat, eu égard aux missions exercées par l'INRAP, dans la mesure où le contrat avait pour objet de confier à l'INRAP, établissement public, la réalisation de fouilles relevant du service public de l'archéologie préventive, qui présentaient le caractère de travaux publics.

[Tribunal des Conflits, 2 novembre 2020, Société Eveha, n° C4196](#)

18 novembre 2020 - Les documents pouvant être établis par extraction des bases de données dont l'administration dispose constituent des documents communicables au sens de l'article L. 311-1 du CRPA sous réserve que leur extraction ne fasse pas peser sur l'administration une charge de travail

déraisonnable. Tel n'est pas le cas lorsque la communication du document nécessite l'extraction des bases de données disponibles, leur assemblage en un seul document et l'occultation de certaines d'entre elles pour garantir le respect du secret de la vie privée des agents concernés

Après avoir rappelé que, pour faire droit à une demande de communication d'un document administratif, ni les dispositions de l'article L. 311-1 du code des relations entre le public et l'administration, ni les dispositions de l'article L. 300-2 du même code n'imposaient à l'administration d'élaborer un document dont elle ne disposerait, le Conseil d'Etat a jugé dans un arrêt du 13 novembre 2020 publié au recueil aux Tables du recueil Lebon que : « *En revanche, constituent des documents administratifs au sens de ces dispositions les documents qui peuvent être établis par extraction des bases de données dont l'administration dispose, si cela ne fait pas peser sur elle une charge de travail déraisonnable.* ».

C'est ainsi que, dans ce même arrêt, le Conseil d'Etat a considéré que le tribunal administratif de Paris, dans son jugement du 21 février 2019 : *a souverainement estimé, au vu des pièces du dossier qui lui était soumis, que l'extraction de ces informations des bases de données disponibles, leur assemblage en un seul document et l'occultation de certaines d'entre elles pour garantir le respect du secret de la vie privée des magistrats concernés ferait peser une charge de travail déraisonnable sur l'administration.* »

Notons à ce propos que cette jurisprudence n'est pas nouvelle dès lors que, dans un arrêt du 14 novembre 2018 également publié aux Tables du recueil Lebon, le Conseil d'Etat a jugé que la demande tendant à obtenir la communication des certificats de sortie du territoire délivrés entre 2007 et 2016 et des procès-verbaux de la commission consultative des trésors nationaux depuis 1993 constituait une demande abusive, et ce notamment au regard des effets de cette demande sur le bon fonctionnement du service (CE, 14 novembre 2018, *Ministre de la culture c/ Société pour la protection des paysages et de l'esthétique de la France*, req. n°s 420055 422500, T. p. 691).

On le voit, s'il existe un véritable droit à la communication des documents administratifs, les demandes formulées ne doivent pas, pour autant, perturber le bon fonctionnement du service et ne sauraient, en conséquence, faire peser sur l'administration une charge de travail déraisonnable.

[CE, 13 novembre 2020, M. A. B. c/ Garde des sceaux, Ministre de la justice, req. n° 432832](#)

20 novembre 2020 - Etat d'urgence sanitaire : L'adaptation des règles applicables aux juridictions administratives

Conformément à l'article 10 de la loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prolongation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire, le Gouvernement a été habilité à prendre par ordonnances des mesures afin d'adapter les règles applicables aux juridictions de l'ordre administratif. L'ordonnance n° 2020-1402 du 18 novembre 2020 et son décret d'application n° 2020-1406 du 18 novembre 2020,

publiés le 19 novembre 2020 au *Journal officiel*, répondent à ces préoccupations.

Pour faire face à la crise sanitaire, le Gouvernement rétablit certaines règles déjà mises en œuvre au printemps dernier dans le cadre de l'ordonnance n° 2020-305 du 25 mars 2020. Il s'agit notamment du recours à la visioconférence devant les juridictions administratives ou encore l'organisation du contradictoire.

S'agissant de la visioconférence, l'ordonnance permet la tenue des audiences en usant de moyen de communication audiovisuelle ou, en cas d'impossibilité et lorsque les parties le demandent, par tout moyen de communication électronique, y compris téléphonique. La décision de recourir à une audience tenue sous la forme d'une visioconférence, prise par le président de la formation de jugement, est insusceptible de recours. Dans cette même perspective, ces dispositions temporaires rendent à nouveau applicable, sous certaines conditions, la possibilité pour les magistrats de siéger sans être physiquement présents dans la salle d'audience.

Elles rouvrent également la faculté pour le magistrat de statuer sur les requêtes en référé – sans audience – par ordonnance motivée.

Le décret n°2020-1406 précité, complète ce dispositif en rétablissant notamment la possibilité de communiquer les pièces, actes et avis aux parties par tout moyen ou encore la capacité pour le président de la formation de jugement de signer seul la minute. Aussi, ce décret offre la faculté aux conseillers de tribunaux administratifs et de cours administratives d'appel justifiant d'au moins deux ans d'ancienneté de prendre des ordonnances de tri.

Ces textes ont vocation à s'appliquer jusqu'à la cessation de l'état d'urgence sanitaire soit, à ce jour, jusqu'au 16 février 2021.

[Ordonnance n° 2020-1402 du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre administratif](#)

[Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2020-1402 du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre administratif](#)

[Décret n° 2020-1406 du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif](#)