



❖ Pouvoir adjudicateur privé & contrôle de gestion

Dans un avis contentieux du 11 avril 2024, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de préciser les contours de la **notion de pouvoir adjudicateur**, issue de la directive « Marchés » du 26 février 2014.

Pour mémoire, celle-ci recouvre, en vertu de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique, non seulement les personnes morales de droit public, mais également certaines **personnes morales de droit privé**, lorsqu'elles ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général autre qu'industriel et commercial et qu'elles remplissent l'un des critères suivants :

- soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;
- soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ;
- soit **la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur**.

S'agissant de ce dernier critère du contrôle, le Conseil d'Etat le juge remplit lorsqu'une autorité publique exerce un « *contrôle actif* » de la gestion qui, « *dans les faits, remet en cause son autonomie, au point de permettre à cette autorité d'influencer ses décisions en matière d'attribution de marchés* ». Ce contrôle doit être de nature à créer une situation de « dépendance » à l'égard de l'autorité publique, équivalente à celle qui existe lorsque les deux autres critères sont remplis (financement majoritaire par un pouvoir adjudicateur ou majorité au sein de l'organe décisoire). Tel n'est pas le cas, en principe, d'un contrôle a posteriori de la régularité de l'activité.

Cette interprétation découle directement de la jurisprudence de la Cour de justice, reprise in extenso par le Conseil d'Etat (v. notamment CJUE, 3 février 2021, *Federazione Italiana Gioco Calcio*, C 155/19 et C 156/19, §50 et 51).

En l'espèce, le Conseil d'Etat a considéré que les gestionnaires de droit privé des établissements et services sociaux et médico-sociaux (énumérés à l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles) ne sont soumis qu'à un contrôle de régularité et que les contrôles exercés a priori sont uniquement destinés à garantir le respect de la réglementation tarifaire et n'ont pas pour objet ou effet de remettre en cause l'autonomie de gestion de ces personnes privées. Dès lors, ces établissements ne sont pas soumis à un contrôle actif de leur gestion, permettant aux autorités publiques d'influencer leurs décisions en matière d'attribution de marchés. En l'absence de dépendance vis-à-vis de l'autorité publique, ils ne constituent donc pas des pouvoirs adjudicateurs.

La jurisprudence relative au contrôle exercé a priori par l'administration s'en trouve ainsi clarifiée.

- *Conseil d'Etat, avis, 7ème – 2ème chambres réunies, 11 avril 2024, Région Nouvelle Aquitaine, n° 489440, Mentionné au Recueil*

❖ Marché public d'assurance & résiliation unilatérale

Par une décision du 4 avril 2024, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de faire application du principe récent selon lequel **le cocontractant public peut s'opposer à la résiliation unilatérale, par son**



assureur, du contrat qui les lie (sur le fondement de l'article L. 113-12 du code des assurances, applicable aux marchés publics d'assurance), et **lui imposer de poursuivre son exécution pendant la durée strictement nécessaire à la passation d'un nouveau marché** (durée qui ne peut pas excéder un an).

Une telle opposition, qui peut éventuellement s'effectuer par la voie du référé « *mesures utiles* », doit être motivée par un **motif d'intérêt général**, tiré notamment de la continuité du service public, et fondée sur l'**insuffisance du préavis de résiliation** prévu par le contrat.

Ce principe avait été consacré par une décision remarquée de 2023 (CE, 12 juillet 2023, *Grand Port maritime de Marseille*, n° 469319, Mentionné au Recueil) – que nous avions déjà commentée.

Cette nouvelle décision, qui concerne un litige similaire, en fait application en censurant l'ordonnance rendue par le juge des référés, qui avait estimé une telle demande manifestement irrecevable, au motif que l'injonction demandée ne revêtait pas un caractère provisoire : c'était pourtant le cas, les effets de la mesure étant bornés dans le temps.

Cette décision confirme donc la possibilité concrète pour l'administration de demander en référé à ce que soit ordonnée la poursuite de l'exécution du contrat d'assurance.

➤ *Conseil d'Etat, 7ème chambre, 4 avril 2024, Métropole Toulon Provence Méditerranée, n° 491068*

❖ Marché public de travaux & BEFA

Dans une décision du 3 avril 2024, le Conseil d'Etat a précisé dans quelles conditions un **bail en l'état futur d'achèvement (BEFA)** pouvait être **requalifié en marché public de travaux**.

Pour mémoire, un marché de travaux a pour objet, en vertu de l'article L. 1111-2 du code de la commande publique :

- soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé au code (construction de bâtiment, de routes, etc.) ;
- soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception.

S'agissant de la deuxième hypothèse, selon le Conseil d'Etat, le contrat par lequel un pouvoir adjudicateur prend à bail ou acquiert des biens immobiliers qui doivent faire l'objet de travaux à la charge de son cocontractant constitue un marché de travaux, lorsqu'il résulte des stipulations du contrat qu'il exerce une influence déterminante sur la conception des ouvrages. Tel est le cas lorsque cette **influence est exercée sur la structure architecturale de ce bâtiment, telle que sa dimension, ses murs extérieurs et ses murs porteurs**. S'agissant des demandes portant sur les aménagements intérieurs, elles ne peuvent être considérées comme démontrant une



FOCUS

Chatain
associés

influence déterminante que si elles se distinguent du fait de leur spécificité ou de leur ampleur.

Ce faisant, le Conseil d'Etat reprend la grille d'analyse définie par la Cour de justice (CJUE, 22 avril 2021, *Commission c/ Autriche*, C-537-19), qui invite à apprécier *in concreto* ce que la personne publique a demandé à son cocontractant de réaliser.

En l'espèce, le contrat en question prévoyait la location à un hôpital, pour une durée de quinze ans, avec une option d'achat, de deux bâtiments, dont l'un devait faire l'objet de travaux, ainsi que la location d'un nouveau bâtiment à construire sur le même terrain. Il ressortait de ce contrat, de la notice descriptive et du cahier des prestations techniques que la construction et l'aménagement des bâtiments répondaient aux besoins exprimés par le centre hospitalier et aux exigences spécifiques qu'il a fixées relatives à leur implantation et aux nombreux aménagements intérieurs.

Le Conseil d'Etat a donc retenu la qualification de marché public de travaux et en a tiré les conséquences en sanctionnant les versements de loyers et de surloyers pendant une durée de 10 ans à compter de la livraison du bâtiment, qui constituent des **paiements différés prohibés** par l'actuel article L. 2191-5 du CCP. Cette clause, eu égard à sa nature et son caractère indivisible, constituait un vice de nature à justifier l'annulation du contrat.

Ainsi, la qualification d'un BEFA au cas par cas est primordiale pour éviter la requalification.

➤ *Conseil d'Etat, 7ème – 2ème chambres réunies, 3 avril 2024, Société Victor Hugo, n° 472476*



Muriel Fayat
Avocat associé
Droit Public
fayat@chatainassocies.com



Dan Phan
Avocat collaborateur
Droit Public
phan@chatainassocies.com

