

LETTRE D'ACTUALITÉ JURIDIQUE ET JURISPRUDENTIELLE

AVRIL 2021

N°1

2. ÉDITO

3. THÈMES ACTUELS & TENDANCES OBSERVÉES

3. - Droit de la commande publique : quelle place pour le juge administratif ?
4. - Economie circulaire : la commande publique se met au vert.
5. - Indemnisation des candidats irrégulièrement évincés : la jurisprudence s'affine : Focus

6. JURISPRUDENCES À NOTER

6. - Changement de mode de gestion : transfert de contrat de travail et compétence juridictionnelle
(Réf. : [CAA Nantes, 16 mars 2021, n° 19NT03505, F. c./ CCI Métropolitaine Bretagne Ouest](#))
7. - Responsabilité du fait de l'existence et du fonctionnement de l'ouvrage réalisé en marché de partenariat
(Réf. : [CAA Nantes, 26 mars 2021, n° 19NT02163, Groupement Foncier Agricole et autres](#))
7. - CDG Express : La Cour administrative d'appel de Paris prononce le sursis à exécution du jugement rendu par le Tribunal administratif de Montreuil
(Réf. : [CAA Paris, 18 mars 2021, n° 20PA03995, n° 20PA04047, n° 20PA04055, Ministre de la transition écologique et autres c./ Commune de Mitry-Mory](#))
8. - « Dérogation espèces protégées, exercice impossible » : la parole à nos experts

10. DOCTRINE ADMINISTRATIVE À NOTER

10. - Le DGFIP précise le traitement fiscal de l'indemnité de retour des biens non amortis
(Réf. : [BOI-CVAE-BASE-20 : 24 mars 2021](#))



Institut de la
gestion déléguée



ÉDITO

Hubert du MESNIL
Président de l'IGD

Stéphane BRACONNIER
Professeur à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas
et Président de la Commission Juridique



Nous sommes très heureux de vous présenter le premier numéro de notre toute nouvelle Lettre d'actualité juridique et jurisprudentielle, issue des travaux de notre Commission Juridique, qui nous l'espérons vous sera utile.

Elle présentera chaque mois les dernières décisions des tribunaux administratifs, Cours Administratives d'Appel et du Conseil d'Etat, **relatives aux sujets qui présentent un intérêt pour la gestion déléguée en particulier et les services publics en général.**

La collecte de ces informations repose sur une veille juridique mensuelle réalisée depuis 2017 par Maître Steeve BATOT du cabinet Racine, qui jusqu'ici était communiquée lors des conseils d'administration et au sein de notre commission juridique.

Vous avez été nombreux à nous faire part de votre intérêt pour cette veille et les commentaires qui l'accompagnaient.

Cette lettre mettra en exergue à chaque numéro, une décision emblématique de nos préoccupations ou de l'actualité jurisprudentielle et permettra à nos spécialistes, avocats, chercheurs associés à l'IGD de faire un zoom sur le sujet correspondant.

Ainsi ce premier numéro donne-t-il l'occasion à Maître BARDON, du cabinet BF2A, Président de l'association Française des Avocats Conseils des Collectivités, d'apporter son analyse sur **la condition d'intérêt public majeur nécessaire à l'obtention d'une « dérogation faune et flore »** en appui du résumé des décisions récentes relatives au **Projet Charles de Gaulle Express.**

C'est un sujet qu'il maîtrise parfaitement et sur lequel il travaille depuis de nombreux mois, au sein d'un groupe ad hoc de notre Commission Juridique sur « [la réduction des délais contentieux dans les grands projets d'équipements](#) ».

Enfin, cette lettre sera l'occasion de faire un point sur l'évolution de la jurisprudence depuis 2017 sur toute une série de thèmes pratiques ou de questions précises en dehors de toute actualité. Ce premier numéro présente ainsi les évolutions jurisprudentielles relatives à la **l'indemnisation du candidat évincé.**

Nous vous en souhaitons bonne lecture. ■

THÈMES ACTUELS & TENDANCES OBSERVÉES

Par Steeve BATOT, Avocat – Cabinet Racine



Droit de la commande publique : quelle place pour le juge administratif ?

Eminemment jurisprudentiel, le droit des contrats administratifs a progressivement été élaboré par le Conseil d'Etat qui, dès la fin du XIX^{ème} siècle, identifiait une catégorie de contrats dont la finalité – à savoir le bon fonctionnement du service public – justifiait que ceux-ci soient soumis à un régime particulier. C'est ainsi notamment que le juge administratif a consacré la théorie de l'imprévision ([CE, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux](#)) et a soumis les contrats administratifs à un principe de mutabilité ([CE, 10 janvier 1902, Compagnie nouvelle de gaz de Déville-Lès-Rouen](#)), qu'il a admis au bénéfice des personnes publiques un pouvoir de résiliation unilatérale ([CE, 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval](#)), et que les cocontractants de l'administration se sont vus reconnaître un droit à l'équilibre financier ([CE, 9 décembre 1932, Compagnie des Tramways de Cherbourg](#)). Erigés au rang des principes généraux applicables aux contrats administratifs, ces règles jurisprudentielles font aujourd'hui encore figure de proue du régime des contrats de la commande publique ([CCP, art. L. 6](#)).

Force est pourtant de constater que ce sont désormais les sources écrites qui, aujourd'hui plus que jamais, contribuent dans une large mesure à forger le régime des marchés publics et des concessions. C'est ainsi qu'ont été codifiées les règles applicables à ces conventions afin notamment de répondre à un besoin devenu impérieux de rationaliser un droit des contrats de la commande publique devenu excessivement complexe, en raison principalement de la multiplication des instruments juridiques de partenariat public-privé (ex : loi « Sapin 1 », baux sectoriels, contrat de partenariat, etc.). Le poids de la commande publique dans le tissu économique justifie par ailleurs l'adoption de textes destinés à relancer

l'investissement dans des circonstances de crises économique (ex : loi n° 2009-179 pour l'accélération des programmes d'investissement publics et privés) et sanitaire (ex : loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique). Encore faut-il souligner combien la commande publique reste un moyen de mise en œuvre des politiques publiques, justifiant alors l'adoption de mesures législatives et réglementaires répondant à diverses préoccupations, notamment sociales ou environnementales (ex : loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire ; décret n° 2021-254 du 9 mars 2021 relatif à l'obligation d'acquisition par la commande publique de biens issus du réemploi ou de la réutilisation intégrant des matières recyclées).

Face à cette multiplication des textes en la matière, la place du juge administratif n'est assurément plus celle qu'elle était. Pourtant, loin d'être reléguée à une source de droit de second rang, la jurisprudence occupe – et occupera – toujours une place cardinale dans la construction de notre droit de la commande publique.

S'il n'a plus vocation à définir comme autrefois les grands principes régissant les contrats conclus par l'administration, le juge administratif conserve en effet, et de toute évidence, un rôle déterminant dans l'interprétation des dispositions du Code de la commande publique ainsi que dans l'appréciation de la compatibilité de ces dispositions avec le droit de l'Union européenne (ex : CE, 12 décembre 2020, n° 419146, *société Vert Marine*). Ce sont également les décisions rendues par les juridictions qui, porteuses de changements souvent moins radicaux que ceux à l'initiative du législateur, viennent utilement préciser le droit au gré des cas d'espèces dont elles ont à connaître (ex : régime des dépenses utiles, indemnisation des candidats irrégulièrement évincés, etc.).

Il faut enfin souligner le rôle déterminant du juge du plein contentieux qui, en faisant désormais de la nullité l'ultime sanction des contrats de la commande publique, participe à la survie des conventions entachées de simples irrégularités vénielles, participant ainsi – comme il l'a toujours fait – au bon fonctionnement du service public (CE, 4 avril 2014, n° 258994, *Département du Tarn-et-Garonne*).

C'est dans cette mesure que les décisions à venir resteront sans nul doute le terrain d'échanges et de débats techniques, passionnés et utiles aux acteurs de la gestion déléguée des services publics. ■

Economie circulaire : la commande publique se met au vert

Outil au service de la transition environnementale, le droit de la commande publique est animé par une tendance grandissante à la prise en compte des impératifs écologiques. Les contrats de la commande publique sont en effet empreints d'une logique de préservation de l'environnement, lequel doit être pris en compte au stade de l'évaluation des besoins (CCP, [art. L. 2111-1](#) pour les marchés publics ; CCP, [art. L. 3111-1](#) pour les concessions) et peut faire l'objet de clauses et de conditions d'exécution particulières (CCP, [art. L. 2112-2](#) et [L. 2112-4](#) pour les marchés publics ; CCP, [art. L. 3114-2](#) et [L. 3114-3](#) pour les concessions).

Au socle des dispositions intégrées au Code de la commande publique, s'ajoutent également des textes transversaux revêtant de lourds impacts dans la pratique de l'achat public. Tel est le cas de la loi n° 2020-105 du 10 février 2020 relative à la lutte contre le gaspillage et à l'économie circulaire, complétée par son décret d'application n° 2021-254 du 9 mars 2021 relatif à l'obligation d'acquisition par la commande publique de biens issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées. Ce décret fixe en effet la liste ainsi que les proportions minimales des produits ou catégories de produits acquis par l'Etat et par les collectivités territoriales et leurs groupements au titre de marchés de fournitures devant être issus du réemploi ou de la réutilisation ou intégrant des matières recyclées, au sens de l'[article L. 541-1-1 du code de l'environnement](#). Désormais, obligation est faite aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices de l'Etat et des collectivités

territoriales et leurs groupements de déclarer, auprès de l'Observatoire économique de la commande publique, la part de leur dépense annuelle consacrée à l'achat des produits ou catégories de produits visés. Cette appétence pour la préservation de l'environnement par le droit de la commande publique n'est assurément pas nouvelle (voir notamment Commission Européenne, *Acheter vert ! un manuel sur les marchés publics écologiques*, 1^{ère} éd., 2005). Institué par l'article 5 de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du [Grenelle de l'environnement](#) (loi dite « Grenelle 1 »), le contrat de performance énergétique permet d'intégrer effectivement la réduction de la consommation énergétique dans l'objet même de l'instrument contractuel (ex : marchés globaux, marchés de partenariat, etc.).

C'est désormais vers le projet de loi portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ces effets que les regards se tournent. L'article 15 du texte en cours d'adoption prévoit à ce jour une modification du Code de la commande publique afin de rendre la clause environnementale obligatoire à tous les marchés publics et aux contrats de concession. S'agissant des marchés publics, l'[article L. 2152-7 du CCP](#) serait alors modifié, imposant aux acheteurs de sélectionner le candidat sur la base de critères objectifs dont l'un au moins devra prendre « *en compte les caractéristiques environnementales de l'offre* ».

S'agissant des contrats de concession, plusieurs articles du code de la commande publique seraient modifiés, dont l'[article L.3111-2](#) qui serait complété par la phrase suivante : « Ces spécifications techniques et fonctionnelles prennent en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale ».

L'intégration des objectifs de développement durable dans le régime des marchés publics fait de la commande publique un instrument – efficace, espérons-le – de préservation de l'environnement. Il reste que cette tendance grandissante n'est pas sans poser des difficultés pratiques au stade tant de la passation des contrats que de leur exécution, difficultés dont seul l'avenir dira si l'objectif écologique parvient à se concilier avec « *l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* » ([CCP, art. L. 2](#)). ■

INDEMNISATION DES CANDIDATS IRRÉGULIÈREMENT ÉVINCÉS : LA JURISPRUDENCE S’AFFINE

L’indemnisation du candidat irrégulièrement évincé de la procédure d’attribution d’un contrat de la commande publique fait l’objet d’une jurisprudence bien établie. Cette indemnisation est en effet fonction, d’une part, de l’existence d’une chance d’emporter le marché ouvrant droit au remboursement des frais engagés, d’autre part, de l’existence d’une chance sérieuse de remporter le contrat ouvrant droit à l’indemnisation du manque à gagner (CE, 18 juin 2003, n° 249630, *ETPO Guadeloupe*). Etendue aux contrats de délégation de service public (CE, 19 décembre 2012, n° 355139, *Simon*), cette solution a soulevé nombre de difficultés pratiques auxquelles de récentes décisions ont apporté des réponses utiles aux acteurs de la commande publique.

Affinant progressivement sa jurisprudence, le juge administratif a en effet précisé les conditions permettant aux candidats d’être indemnisés des préjudices nés de leur éviction irrégulière de la procédure d’attribution d’un contrat de la commande publique.

C’est ainsi que les juridictions vérifient de façon pragmatique que l’irrégularité commise a été la cause suffisamment directe et certaine de l’éviction des candidats demandant réparation. A cet égard, il a été jugé que l’absence d’encadrement des modalités de présentation des variantes dans les documents de la consultation – ceci en méconnaissance de la réglementation alors applicable – n’a pu, dès lors que les entreprises candidates n’ont pas présenté de variante, affecter ni la sélection des candidatures, ni le choix de l’offre économiquement la plus avantageuse (CE, 10 février 2017, n° 393720, *Société Bancel*), ou encore que le recours irrégulier à une procédure de dialogue compétitif ne peut être regardé comme ayant eu une incidence significative sur le contenu des offres présentées dans la mesure où « *le cahier des clauses techniques particulières modifié après la phase de dialogue est (...) très proche du document initial* » (CAA Paris, 14 mars 2017, n° 16PA02230, *SIETREM*).

La preuve d’un tel lien de causalité appartient en tout état de cause au candidat requérant qui ne peut se borner à « *critiquer l’offre de la société (...) attributaire [et] à invoquer les mérites de sa propre offre* » (CAA Marseille, 28 janvier 2019, n° 18MA01114, *société Luxmarina*). Le Conseil d’Etat considère toutefois que les irrégularités commises par la personne publique ne privent pas le candidat évincé d’une

chance sérieuse d’emporter le marché alors même que, postérieurement à la résiliation du contrat irrégulièrement attribué, ce candidat a conclu avec la même collectivité un marché public ayant un objet identique (CE, 28 février 2020, n° 426162, *société Régat des Îles*).

Encore faut-il rappeler que le candidat irrégulièrement évincé ne peut être indemnisé lorsque son offre est inacceptable (CAA Bordeaux, 2 janvier 2013, n° 11BX03238, *Société DTP Terrassement*) ou irrégulière (CE, 18 décembre 2020, n° 429768, *société Architecture Studio*), ceci quand bien même l’offre de l’attributaire serait entachée de la même irrégularité (CAA Douai, 29 septembre 2016, n° 14DA01949, *Solomat Sport Service*).

S’agissant du préjudice indemnisable, c’est ici également au candidat requérant que revient le soin de rapporter l’existence d’une marge bénéficiaire, laquelle n’est par exemple pas démontrée par la seule production de justificatifs de coûts et de factures afférents à des marchés équivalents dès lors qu’il ressort des comptes que la marge nette globale est très variable sur les dernières années (CAA Douai, 12 novembre 2020, n° 12DA00158). Le candidat évincé de l’attribution d’une délégation de service public entachée d’illégalité ne peut en outre faire valoir aucun droit à indemnisation au titre du manque à gagner s’il a conclu par la suite, avec la même collectivité, un contrat ayant un objet identique (CE, 28 février 2020, n° 426162, *société Régat des Îles*).

Par ailleurs, le Conseil d’Etat a eu l’occasion de préciser, s’agissant des frais exposés par les candidats pour la présentation de leurs offres, que rien ne s’oppose à ce que le juge du fond, « *lorsqu’il alloue une indemnité en réparation d’un dommage, détermine son montant en y incluant les intérêts déjà dus* » (CE, 14 octobre 2019, n° 418317, *société Les Téléskis de la Croix Fry*), étant entendu que, faute d’éléments apportés par le requérant, il appartient à la juridiction saisie de faire « *une juste appréciation de ses frais, dont l’existence ne peut être mise en doute* » (CAA Bordeaux, 14 janvier 2021, n° 20BX00766, *Commune de Saint-Benoît*).

Si ces solutions tendent indiscutablement à affiner le régime indemnitaire applicable aux candidats irrégulièrement évincés de l’attribution des contrats de la commande publique, nombreuses sont les questions

restant aujourd'hui encore sans réponse certaine. Ainsi en va-t-il du préjudice moral ou de l'atteinte à la réputation et à l'image que certaines cours semblent indemniser (CAA Douai, 26 juin 2019, n° 17DA00636, *société Loire événement organisation* ; CAA Marseille, 11 janvier 2021, n° 19MA00013, *société Eveha*) alors que d'autres considèrent que de tels préjudices ne sont pas au nombre de ceux « dont le concurrent irrégulièrement évincé d'un contrat public

peut demander l'indemnisation » (CAA Bordeaux, 18 décembre 2020, n° 18BX02009, *Decazeville Communauté*). Encore n'est-ce là qu'une illustration parmi tant d'autres de ce qui reste en suspens (ex : définition des éléments caractéristiques du manque à gagner, engagements indemnitaires des candidats évincés dans les documents de la consultation, etc.) et que la jurisprudence à venir ne manquera pas de préciser. ■

JURISPRUDENCES À NOTER

Par Steeve BATOT, Avocat – Cabinet Racine

Changement de mode de gestion : transfert de contrat de travail et compétence juridictionnelle

Réf. : [CAA Nantes, 16 mars 2021, n° 19NT03505, F. c./ CCI Métropolitaine Bretagne Ouest](#)

La décision rapportée et l'occasion de rappeler que les chambres de commerce et d'industrie (CCI) sont des établissements publics administratifs dont seuls certains services peuvent avoir le caractère industriel et commercial ([Code de commerce, art. L. 711-1](#)), et que les agents des CCI qui ne sont pas affectés à un service industriel et commercial ont la qualité d'agents publics de sorte que les litiges individuels les concernant relèvent de la compétence de la juridiction administrative.

En l'espèce, la requérante avait été recrutée par la CCI de Quimper en contrat à durée déterminée à temps partiel en qualité d'hôtesse d'accueil auxiliaire au sein de l'aéroport de Quimper-Cornouaille, puis nommée agent commercial d'aéroport de premier degré.

En revanche, il appartient aux tribunaux judiciaires de se prononcer sur les litiges individuels concernant les agents qui sont affectés dans les services gérés par les chambres et présentant un caractère industriel et commercial, à moins qu'ils n'exercent les fonctions de directeur ou de chef de la comptabilité ayant la qualité

de comptable public. Or, un transfert de contrat de travail est intervenu en application de l'[article L. 1224-1 du Code du travail](#) dès lors que, le 1^{er} mars 2009, la gestion de l'aéroport a été confiée au groupement Vinci-Airport-Kéolis devenu délégataire de service public. Estimant avoir subi un préjudice du fait de ce transfert, la requérante a saisi la juridiction administrative d'une requête indemnitaire, laquelle a été rejetée par le Tribunal administratif de Rennes comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître (TA Renne, 4 juillet 2019, n° 1702233). Saisie par la voie de l'appel, la Cour administrative d'appel de Nantes confirme la décision des premiers juges.

La Cour rappelle en effet que « *il appartient aux tribunaux judiciaires de se prononcer sur les litiges individuels concernant les agents qui sont affectés dans les services gérés par les chambres et présentant un caractère industriel et commercial, à moins qu'ils n'exercent les fonctions de directeur ou de chef de la comptabilité ayant la qualité de comptable public* ».

Elle relève à cet égard que la requérante exerçait « les fonctions d'agent superviseur commercial, relevant de la famille professionnelle dite « exploitation » au sein du service concessions et patrimoine de la CCI », fonctions consistant notamment « à accueillir, renseigner et accompagner les clients, à assurer les opérations courantes de vente et de réservation de

billets, à procéder aux formalités d'enregistrement, d'embarquement et de débarquement, ainsi que l'assistance au sol des compagnies aériennes et à informer l'équipe de piste des conditions de traitement des vols ».

La Cour en déduit que « ces fonctions, qui relèvent de l'exploitation commerciale de l'aéroport, n'impliquent aucune participation directe aux missions de service public administratif confiées à l'établissement public gestionnaire de l'aéroport ». Dans ces conditions, la requérante n'était pas fondée à soutenir que c'est à tort que le Tribunal administratif de Rennes a rejeté sa demande comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître.■

Responsabilité du fait de l'existence et du fonctionnement de l'ouvrage réalisé en marché de partenariat

Réf. : [CAA Nantes, 26 mars 2021, n° 19NT02163, Groupement Foncier Agricole et autres](#)

La Cour administrative d'appel de Nantes a été saisie du litige opposant des riverains situés à proximité immédiate de la ligne à grande vitesse Bretagne-Pays de la Loire à la Société Eiffage Rail Express, titulaire du contrat de partenariat, conclu le 14 avril 2011 puis approuvé par décret, ayant notamment pour objet de permettre le financement, la réalisation et l'exploitation de l'ouvrage.

La juridiction fait application du principe selon lequel « le maître de l'ouvrage est responsable, même en l'absence de faute, des dommages que les ouvrages publics 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 ».

Après avoir rappelé les clauses pertinentes du contrat de partenariat, la Cour considère que « c'est uniquement à SNCF Réseau, seul maître de l'ouvrage constitué par la ligne à grande vitesse Bretagne-Pays de la Loire dès la fin des travaux, qu'il incombe d'assumer la responsabilité des dommages résultant pour les tiers de la présence de l'ouvrage et de son exploitation, de tels dommages ne pouvant être regardés comme des dommages survenus à l'occasion de l'exécution, par la société Eiffage Rail

Express ou sous sa responsabilité, des obligations qui lui incombent en vertu du contrat ».

La juridiction considère toutefois que la société titulaire du contrat de partenariat engage sa responsabilité pour les dommages résultant de la réalisation des travaux. Elle condamne par conséquent la société Eiffage Rail Express à verser aux requérants la somme totale de 51 939,76 euros en réparation des préjudices matériel et moral ainsi qu'au titre des troubles dans les conditions d'existence.■

CDG Express : La Cour administrative d'appel de Paris prononce le sursis à exécution du jugement rendu par le Tribunal administratif de Montreuil

Réf. : [CAA Paris, 18 mars 2021, n° 20PA03995, n° 20PA04047, n° 20PA04055, Ministre de la transition écologique et autres c./ Commune de Mitry-Mory](#)

Par un jugement du 9 novembre 2020 rendu sous le numéro 1906180, le Tribunal administratif de Montreuil avait annulé l'arrêté inter-préfectoral n° 2019-0386 des Préfets de Paris, de la Seine-Saint-Denis, de la Seine-et-Marne et du Val-d'Oise en date du 11 février 2019 autorisant la création et l'exploitation de la liaison ferroviaire Charles de Gaulle Express, en tant seulement que cet arrêté accorde la dérogation, prévue à l'[article L. 411-2 du Code de l'environnement](#), aux interdictions liées à la protection des espèces animales.

Le Tribunal avait en effet rappelé sa jurisprudence de principe selon laquelle « un projet de travaux, d'aménagement ou de construction d'une personne publique ou privée susceptible d'affecter la conservation d'espèces animales ou végétales protégées et de leur habitat ne peut être autorisé, à titre dérogatoire, que s'il répond, par sa nature et compte tenu des intérêts économiques et sociaux en jeu, tels que notamment le projet urbain dans lequel il s'inscrit, à une raison impérative d'intérêt public majeur. En présence d'un tel intérêt, le projet ne peut cependant être autorisé, eu égard aux atteintes portées aux espèces protégées appréciées en tenant compte des mesures de réduction et de compensation prévues, que si, d'une part, il n'existe pas d'autre solution satisfaisante et, d'autre part, cette dérogation ne nuit pas au maintien, dans un état de conservation favo-

nable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle » (voir notamment [CE, 25 mai 2018, n° 413267, SAS PCE](#) ; [CE, 3 juin 2020, n° 425395, société La Provençale](#) ».

Les premiers juges avait déduit de ce principe qu'aucune étude empirique ni aucune projection scientifique ne permettait en l'espèce « d'évaluer les gains de biodiversité pouvant être attendus sur les sites de compensation retenus et, partant, d'apprécier si le projet, dans sa globalité, tend vers l'objectif de l'absence de perte nette de biodiversité prévu par l'article L. 411-2 précité », pour juger que l'arrêté inter-préfectoral devait être regardé comme « entaché d'une erreur manifeste d'appréciation en ce qu'il estime, sans disposer d'aucun élément quantitatif précis, que les mesures de compensation prévues sont suffisantes pour permettre le maintien dans un état de conservation favorable des populations des espèces protégées auxquelles il est porté atteinte » (décision à rapprocher notamment de TA Montreuil, 6 novembre 2019, n° 1902037, France Nature Environnement Île-de-France et autres, s'agissant de la ligne 17 Nord du Grand Paris Express).

C'est dans ce contexte que le Ministre de la Transition écologique a saisi la Cour administrative d'appel de Paris d'une demande, présentée sur le fondement

de l'article R. 811-15 du Code de justice administrative, tendant à ce que soit prononcé le sursis à exécution du jugement rendu le 9 novembre 2020 par le Tribunal administratif de Montreuil.

Le Ministre soutenait en substance que les moyens énoncés au soutien de son recours présentaient un caractère sérieux et étaient de nature à entraîner le rejet des conclusions de première instance au motif que les premiers juges ont commis une erreur de droit et une erreur d'appréciation en se fondant notamment sur des faits inexacts dans l'application qu'ils ont faite de l'[article L. 411-2 du Code de l'environnement](#).

En l'espèce, la Cour considère que « Le moyen tiré de l'erreur d'appréciation et de l'erreur de droit qu'auraient commises les premiers juges en estimant que l'arrêté inter-préfectoral litigieux méconnaît les dispositions de l'article L. 411-2 du code de l'environnement paraît, en l'état de l'instruction, de nature à justifier le rejet des conclusions à fin d'annulation accueillies par le jugement contesté ».

Elle ordonne par suite « le sursis à l'exécution de l'article 1^{er} du jugement du 9 novembre 2020 du tribunal administratif de Montreuil qui prononce l'annulation partielle de l'arrêté inter-préfectoral litigieux ».■

LA PAROLE À NOS EXPERTS

DÉROGATION ESPÈCES PROTÉGÉES, EXERCICE IMPOSSIBLE

Par Cyrille BARDON, Avocat - Cabinet BF2A et Président de l'Association Française des Avocats Conseils des Collectivités

A propos du taux d'annulation par le juge administratif des dérogations L411-2, M. Hoyneck, Rapporteur public devant 6^{ème} chambre du Conseil d'Etat reconnaissait « une certaine crispation » ([CE, 3 juillet 2020, jardin des Vaïtes, n°430585](#)).

On ne peut en effet qu'être « crispé », comme lui, par la sévérité et l'exigence du juge administratif alors même que la Commission européenne, amenée à

rendre son avis sur les mesures de dérogations lorsqu'un projet impacte une zone Natura 2000, n'a jugé que dans 1 dossier sur 23 qu'un projet ne répondait pas à une raison impérative d'intérêt public majeur (RIIPM). Cette proportion s'inverse dès lors qu'interviennent les juridictions administratives françaises.

Est-il compréhensible que la Directive Habitats soit appliquée plus strictement hors zone Natura 2000,



par le juge administratif français, que par la Commission et la CJUE dans les zones Natura 2000 ? C'est pourtant ce qui apparaît être le cas.

Pour ma part, je n'ai aujourd'hui compté que trois dossiers d'équipements dont la dérogation L.411-2 n'a pas été annulée pour défaut d'intérêt public majeur, alors que c'est par dizaines que se comptent les annulations pour ce motif et donc les condamnations à l'abandon du projet. Pour s'en tenir uniquement aux jurisprudences récentes, v. par ex. :

- Route départementale (CAA Bordeaux, 17 juillet 2017, 15BX03179) ;
- Base nautique et école de voile (CAA Nantes, 13 juillet 2018, n°15NT00013) ;
- Ponton d'aviron pour les championnats du Monde (CAA Lyon, 23 octobre 2018, n°17LY04341) ;
- Contournement routier et ouvrages d'art (CAA Bordeaux, 10 décembre 2019, Département de la Dordogne, n° 19BX02327) ;
- Remontées mécaniques (TA Grenoble, 19 décembre 2019, n° 1706316) ;
- Sablière (CAA Nantes, 24 janvier 2020, n°19NT02054) ;
- Fermes éoliennes (CAA Nantes, n°19NT02389 ; CAA Bordeaux, 17 novembre 2020, n°19BX02284) ;
- Centrale photovoltaïque (CAA Bordeaux, 1^{er} décembre 2020, 19BX00522)...

En suspendant (ce qui reste assez exceptionnel) l'exécution provisoire du jugement du TA de Montreuil jugeant comme ne répondant pas à des Raisons Impératives d'Intérêt Public Majeur (RIIPM) la réalisation de la liaison CDG Express, l'arrêt ci-dessus rapporté apporterait-il un peu de sérénité dans le panorama juridictionnel français du droit des dérogations « espèces protégées » ?

Il faudrait se satisfaire de peu, tant les motifs du TA de Montreuil sur cet équipement majeur apparaissent déconnectés de la réalité, en faits et en droit.

Le problème reste entier, et il est double.

La jurisprudence du Conseil d'Etat tend toujours à vouloir caractériser une raison d'intérêt publique majeure, en tant que telle.

Cet exercice de recherche de caractérisation d'une valeur absolue apparaît bien difficile en soi, et surtout nous semble contraire au texte de la Directive Habitats qui commande de mettre en balance les intérêts

de préservation des espèces listées à l'annexe IV de la Directive, avec en particulier les intérêts économiques et sociaux du projet (CJUE, 16 fév. 2012, aff. C-182/10, Solvay c/ région Wallonne).

Au surplus, dans les cas exceptionnels où le Conseil d'Etat a pu reconnaître qu'un projet répondait à un intérêt public majeur, c'est la condition d'absence d'autre solution « alternative » qui fait alors défaut. Dans l'affaire de Besançon, le CE (en référé) n'a pas censuré la RIIPM attachée à la création de 1.000 logements, toutefois il a suspendu la dérogation au vu du doute sérieux tenant à l'absence de solution de création de logements alternative sur le territoire de l'agglomération.

Autre exemple, après que le Conseil d'Etat a validé la RIIPM d'une carrière de marbre d'une rare qualité (CE, 3 juin 2020, n°425395), la CAA de renvoi a pourtant confirmé l'annulation de la dérogation au regard de l'absence de preuve de l'inexistence d'un site alternatif (CAA Marseille, 17 décembre 2020, n°20MA01977).

Or là encore la jurisprudence est critiquable. Ni la directive ni la loi ne posent de condition d'absence de solution « alternative » au projet, mais disposent que la dérogation à la destruction ou la perturbation est accordée en l'absence d'autre solution « satisfaisante ». Comme cela était précisé devant la CJUE (Commission c/ Finlande, 14 juin 2007, C-342-05 par l'avocat général Kokott) cette condition correspond à un contrôle de proportionnalité : démontrer que l'on choisit la dérogation la moins impactante (i.e : déplacement vs. destruction des spécimens protégés) et non à la démonstration qu'il n'y a pas d'alternative au projet pour lequel la dérogation est sollicitée.

Un renvoi préjudiciel à la CJUE sur ces deux questions serait nécessaire, pourtant la juridiction administrative s'y refuse systématiquement.

Quelques jours après avoir suspendu l'exécution provisoire du jugement par lequel le TA de Montreuil avait annulé la dérogation L.411-2 et donc permis (à titre provisoire) la reprise des travaux du CDG Express, la CAA de Paris, en tant que juge du référé, suspendait les travaux du futur centre de presse des JO 2024 (CAA Paris, 6 avril 2021, n°21PA00910), au visa de l'absence de démonstration de l'absence d'une solution « alternative satisfaisante ».

Si le CDG express et un équipement des futurs JO sont en risque, que penser des autres projets d'équipements... en l'état de la jurisprudence ? ■

DOCTRINE ADMINISTRATIVE À NOTER

Par Steeve Batot, Avocat – Cabinet Racine

Le DGFIP précise le traitement fiscal de l'indemnité de retour des biens non amortis¹

Réf. : [BOI-CVAE-BASE-20 : 24 mars 2021](#)

La Direction générale des finances publiques vient d'apporter d'utiles précisions s'agissant du traitement fiscal de l'indemnité de remise des biens de retour que l'autorité concédante peut être amenée à verser à son cocontractant.

Il est en effet acquis que dans le cas où les biens de retour n'ont pas été intégralement amortis à la fin du contrat, le délégataire de service public a droit au versement par la collectivité d'une indemnité égale à la valeur nette comptable de ces biens. Or, la question s'est posée en pratique de savoir si l'indemnité ainsi versée devait ou non entrer dans la base d'imposition à la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE) dans le cas où le délégataire, dont la structure juridique a été créée à cette fin, cesse son activité au terme du contrat.

La DGFIP considère que l'indemnité de remise des biens de retour non amortis est « assimilée au prix de cession desdits biens ».

Elle précise en outre que « l'indemnité, qui est égale à la valeur nette comptable des biens de retour, n'est versée qu'une seule fois, au terme du contrat de délégation, et ne peut donc être regardée comme participant à l'exploitation courante de la société délégataire » pour en déduire que dans le cas où « le délégataire, créé spécialement dans le but d'exercer

l'activité de délégation de service public, cesse cette unique activité au terme du contrat de délégation, l'opération donnant lieu au versement de l'indemnité ne peut être regardée comme revêtant un caractère habituel ».

Dans cette hypothèse, l'indemnité de remise des biens de retour non amortis n'entre donc pas dans la base d'imposition à la CVAE due par le délégataire.

Il n'est toutefois pas inutile de rappeler ici que les entreprises assujetties à la CVAE occupant le domaine public n'ont pas la possibilité de déduire les redevances d'occupation du chiffre d'affaires servant de base à cette taxe, lorsqu'elles exploitent leur activité dans le cadre d'une délégation de service public : l'exclusion de la déduction concernant les charges ayant pour contrepartie la mise à disposition de biens corporels s'impose « quand bien même ces charges auraient été exposées par le contribuable en exécution d'un contrat de délégation de service public » ([CE, 24 février 2020, n° 433883, Ministre de l'Action et des Comptes publics c./ Société Eurobar](#)). ■

¹ Voir les travaux de l'IGD sur ce point : Précis N°1 « [Le régime des biens dans les contrats de concession](#) » - p.19 Chapitre « Les provisions affectées pour le renouvellement des biens : à qui appartiennent-elles ? »