

2390 Information et formation du contrat – synthèse de l'atelier pratique

Anna MARIA SMOLINSKA,

docteur en droit,
avocat spécialiste droit public
et de la commande publique



L'information et les échanges d'informations en phase de formation du contrat sont pour les acteurs de la commande publique un véritable enjeu de qualité : la qualité de la définition du besoin d'une part et celle, en lien, des offres remises d'autre part.

Donner et recevoir l'information entraîne la responsabilité de celui qui informe et de l'informé. Un besoin de responsabilisation – du maître d'ouvrage, du maître d'œuvre et des constructeurs – quant à l'information donnée et perçue a été identifié par tous les participants à l'atelier.

1 - Selon la tradition, les journées de la Chaire de droit des contrats publics ont débuté par les ateliers pratiques, réunissant les acheteurs, les opérateurs économiques, les fédérations et les associations intéressées par l'achat public, les avocats et, bien évidemment, les chercheurs intervenants dans ce domaine.

Le premier atelier a été consacré à l'information pendant la phase de formation du contrat, à travers un prisme volontairement non-contentieux.

Cette approche a conduit à écarter des débats certains aspects ou implications de « l'information » présents surtout dans l'approche contentieuse de la question, tels l'information sur les modalités de la notation des offres, l'information des candidats évincés ou encore l'information des tiers sur la conclusion du contrat, récemment précisée par le Conseil d'État¹.

La mise de côté de ces éléments, souvent prépondérants lorsqu'on évoque « l'information » lors de la passation des contrats de commande publique, a permis de libérer l'espace de parole nécessaire pour discuter du volet non-contentieux de l'information.

Quatre axes principaux selon lesquels l'information est appréhendée en pratique ont émergé des échanges entre les acteurs de l'achat public présent, étant précisé qu'ils appartenaient surtout au monde de la construction (maîtres d'ouvrage, assistants à maîtrise d'ouvrage, entreprises de travaux).

1. L'enjeu de la qualité de l'information

2 - Le premier axe traduit la préoccupation quant à la qualité de l'information, en tant qu'élément déterminant de la définition du besoin de l'acheteur. – Sur ce point a été soulignée l'importance des étapes préparatoires de l'achat à l'instar du *sourcing*, pendant lesquelles les échanges d'information peuvent intervenir dans un double sens :

- (i) de l'acheteur vers les opérateurs (information sur une opération projetée/information sur la politique des achats, etc.) ;
- (ii) et, des opérateurs vers l'acheteur (information apportée sur les questionnements de l'acheteur, à l'instar des « *Request for information* », dont la Banque de France a développé une pratique courante²).

Les participants à l'atelier semblaient partager l'opinion du sous-emploi des opportunités ouvertes par le Code de la commande publique en la matière par les acheteurs et certains ont admis qu'à défaut d'un *sourcing* officiel, des échanges officieux sont courants, sans que cela ne nuise au respect des principes fondamentaux de la commande publique (on peut cependant discuter du respect du principe de transparence dans ce cas de figure).

À noter que les opérateurs économiques paraissent plutôt favorables au développement des démarches qui permettraient d'améliorer la qualité de l'information fournie au stade de la consultation et qui, pour rappel, sont « les études et échanges préalables avec les opérateurs économiques » (CCP, art. R. 2111-1) et « participation d'un opérateur économique à la préparation du marché » (CCP, art. R. 2111-2).

1. CE, 19 juill. 2023, n° 465308, *Sté Seateam* ; JCPA 2023, act. 509 ; JCPA 2023, 2339.

2. V. site de la Banque de France : www.banque-france.fr/fr/a-votre-service/achats-et-marches-publics.

Cette ouverture à l'échange des informations est cependant conditionnée par la bonne limite que les acheteurs devraient savoir s'imposer, que ce soit préalablement ou en cours de la consultation. En effet, les opérateurs économiques (surtout les prestataires intellectuels) sont assez nombreux à avoir observé ou vécu ce qu'ils considèrent être un « abus du droit à l'information » de la part des acheteurs. En effet, les demandes de communication des « exemples des rendus » (notes d'analyse, modèles des contrats, etc.) paraissent parfois dépasser le cadre de l'information acceptable et s'apparentent à une demande de prestation, non indemnisée.

En tout état de cause, l'intérêt d'une information de bonne qualité lors de la passation du contrat pour tous les acteurs a été souligné.

L'intérêt pour le maître d'ouvrage de s'astreindre à une démarche d'information de qualité serait double : en premier lieu la qualité de l'information entraînerait, dans un cercle vertueux, celle des offres, en second lieu, cette qualité permettrait également aux opérateurs de mieux calibrer financièrement leurs offres.

L'intérêt pour les opérateurs de percevoir une information de qualité est évident : elle leur permet de comprendre le besoin de l'acheteur. L'intérêt des opérateurs à fournir, eux-mêmes, une information de qualité lors de la passation du contrat a été davantage discutée, certains considérant qu'une telle démarche peut, notamment dans les procédures impliquant des échanges entre l'acheteur et les opérateurs (dialogue compétitif, procédure avec négociation) créer un risque de perte d'un avantage commercial.

2. La responsabilité de l'information

3 - Le deuxième axe, central dans les échanges, porte sur la responsabilité de l'information. – Pour mémoire, cette responsabilité est reconnue en droit commun par le Code civil (C. civ., art. 1112-1) :

Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

Néanmoins, ce devoir d'information ne porte pas sur l'estimation de la valeur de la prestation.

Ont une importance déterminante les informations qui ont un lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties.

Il incombe à celui qui prétend qu'une information lui était due de prouver que l'autre partie la lui devait, à charge pour cette autre partie de prouver qu'elle l'a fournie.

Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir.

Outre la responsabilité de celui qui en était tenu, le manquement à ce devoir d'information peut entraîner l'annulation du contrat dans les conditions prévues aux articles 1130 et suivants.

4 - Les absents ayant toujours tort, les maîtres d'ouvrage et les entreprises de travaux ont souligné avec force le besoin de responsabiliser les maîtres d'œuvre, particulièrement dans s'agissant des informations techniques fournies dans les dossiers de consultation des entreprises de travaux et, plus précisément des sondages (géotechniques, pollution) réalisés, selon les prescriptions de ces derniers.

Ces informations s'avèreraient souvent insuffisantes et source des difficultés tant lors de l'élaboration des offres qu'en cours d'exécution des contrats.

Autre pendant de la responsabilité de l'information : celle des acheteurs qui trouverait sa source non plus dans l'information qu'ils fournissent mais dans le cadre des vérifications qu'ils peuvent ou doivent réaliser en cours de procédure de passation du contrat.

Lors de cette étape, l'acheteur en tant que destinataire des informations se retrouve dans une situation de fragilité compte tenu des pouvoirs et des capacités très limités de vérification de leur véracité.

Or, dans certains cas (pièces de candidature, offres anormalement basses) l'acheteur est soumis à une véritable obligation de vérification de l'information :

- en premier lieu, lors de la vérification des candidatures :

L'acheteur vérifie les informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les capacités desquels le candidat s'appuie, au plus tard avant l'attribution du marché. Cette vérification peut ne porter que sur la candidature du candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché (CCP, art. R. 2344-2) ;

- en second lieu, lors de la vérification des offres suspectées anormalement basses :

L'acheteur met en œuvre tous moyens lui permettant de détecter les offres anormalement basses.

Lorsqu'une offre semble anormalement basse, l'acheteur exige que l'opérateur économique fournisse des précisions et justifications sur le montant de son offre.

Si, après vérification des justifications fournies par l'opérateur économique, l'acheteur établit que l'offre est anormalement basse, il la rejette dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat (CCP, art. L. 2152-6).

5 - La capacité et la marge des manœuvres des acheteurs seraient, des dires de ces derniers, très limitées.

Concernant, plus largement, les informations contenues dans les offres, leur inexactitude s'avère plus aisément « sanctionnable » en cours d'exécution qu'en cours de passation du contrat (par exemple si le contrat prévoit l'application des pénalités en cas de non-respect de la composition de l'équipe dédiée au projet telle que présentée dans le cadre de l'offre).

3. L'« information impossible »

6 - Le troisième axe s'est construit autour de la notion de l'« information impossible ». – Les opérateurs économiques ont partagé leurs retours d'expérience quant à l'impossibilité de fournir à l'acheteur l'information demandée ou, en tout cas, l'impossibilité d'en garantir la qualité.

Il en est ainsi s'agissant de la déclaration sur les motifs d'exclusion de la procédure de passation laissés à l'appréciation de l'acheteur. Le motif prévu par l'article L. 2141-7 qui prévoit que « l'acheteur peut exclure de la procédure de passation d'un marché les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de la commande publique antérieur. » est celui qui cristallise le plus de difficultés pour les opérateurs structurés au sein d'un groupe comportant plusieurs filiales, succursales ou, simplement « directions » réparties sur le territoire.

Est en cause la capacité de ces opérateurs de disposer de toutes les informations sur les éventuelles sanctions qu'auraient subies les autres composantes de l'entreprise. Cette question devient d'autant plus complexe que le juge administratif reconnaît que les sanctions telle que les pénalités, appliquées pour des manquements graves ou répétés peuvent fonder l'exclusion³.

La pratique consistant à limiter la déclaration relative aux cas d'exclusion à la seule entité qui répond au marché (alors même qu'elle n'a pas nécessairement de personnalité juridique propre) paraît discutable.

Les acheteurs ont partagé leur retour d'expérience quant à l'impossibilité technique, de fournir une information fiable (sur la nature des sols, sur l'étendue des pollutions, etc.), étant donné que le juge

3. V. par ex. TA Bordeaux, 27 janv. 2023, n° 2206735, SAS AQIO.

administratif a une approche stricte des engagements des opérateurs dans le cadre d'un marché à forfait.

La pratique des clauses de révision sous forme « *d'options claires, précises et sans équivoque* » (CCP, art. R. 2194-1) pourrait, sous réserve de ne pas constituer une libéralité, être une piste de réflexion intéressante pour sécuriser toutes les parties au contrat face à l'impossibilité de fournir l'information avant que le contrat ne soit formé.

4. L'information et le secret des affaires

7 - Le quatrième axe porte sur le rapport entre l'information et le secret des affaires. – Il est ressorti des débats que le secret des affaires dans son acception juridique (C. com., art. L. 151-1) n'est pas majoritairement une préoccupation des opérateurs économiques. Lorsque, rarement, cela peut être le cas, les entreprises demandent à l'acheteur de signer un accord de confidentialité.

La préoccupation des opérateurs est davantage liée à deux autres préoccupations pratiques.

D'une part, la protection des optimisations et méthodes innovantes mais pas nécessairement protégées au titre du secret des affaires.

D'autre part, l'information des tiers et notamment de la presse et des usagers, lorsque cette information peut être préjudiciable pour l'opérateur.

En conclusion, le **décalage** entre :

- (i) l'importance de l'information (qu'elle soit, possible ou impossible) avant et lors de la passation des contrats de la commande publique ;

- (ii) et, la responsabilité de cette information (responsabilité de celui qui donne l'information, responsabilité de celui qui la reçoit, qui la vérifie et, le cas échéant, communique à d'autres) a été observée pendant tout le débat. ■

2391 Information et rapports entre les parties : approche théorique

Vincent BOUHIER,

professeur de droit public,
président de l'université d'Evry Paris-Saclay



L'information est inhérente à la bonne exécution des contrats. S'il peut être facilement identifié des dispositions dans le Code de la commande publique et les CCAG renvoyant à la transmission d'informations entre les parties au contrat, la pratique va bien au-delà des textes pour des raisons d'efficacité. L'information se caractérise alors par sa diversité et ses multiples finalités. Elle s'inscrit comme un moyen de renforcement des relations entre les parties au bénéfice de l'exécution du contrat. En effet, l'intérêt des parties est de partager réciproquement des informations, indépendamment de toute obligation, ce qui est conforté par le caractère marginal du recours aux sanctions.

1 - En retenant une approche plus instinctive que juridique, l'information nous semble de prime abord intervenir comme un outil nécessaire pour la bonne exécution d'un contrat de la commande publique. Cette perception est renforcée lorsqu'un contrat s'exécute en plusieurs phases, que celui-ci est complexe ou encore qu'il se déroule sur plusieurs années. En effet, il semble logique de penser que l'échange et la transmission d'informations facilitent l'exécution. La détention de l'information, alors partagée, est à la fois indispensable pour le titulaire du contrat comme du pouvoir adjudicateur et de l'entité adjudicatrice pour accompagner l'exécution et pour prendre les mesures utiles en cas de retard ou de difficultés entre autres. Ce partage de l'information offre un meilleur pilotage ainsi qu'une meilleure prise de décision, donnant des garanties supplémentaires à la réussite de l'exécution du contrat et à la satisfaction des besoins.

Cette perception, relative à l'importance de l'information, est confirmée, sous un angle plus juridique, par les dispositions renvoyant à une demande de transmission d'informations tant dans le

Code de la commande publique que dans les Cahiers des clauses administratives générales (ci-après CCAG). Toutefois, ces dispositions ne comprennent pas toutes les hypothèses de demande d'informations. La pratique va bien au-delà pour répondre aux besoins exprimés par les parties. Le recours régulier et permanent à la transmission d'informations, sans fondement juridique identifié, s'explique également par la connaissance nécessairement asymétrique des éléments liés à l'exécution du contrat. L'instauration d'une obligation, dans de nombreux cas, permet de gommer plus systématiquement cette asymétrie favorisant un meilleur suivi de son exécution. Cette situation implique que l'information n'est pas neutre, contrairement à la phase de la passation du contrat. Elle a une utilité immédiate pour les parties. Elle est même parfois primordiale lors de la phase d'exécution, entraînant souvent des mesures, des adaptations ou des demandes de précisions supplémentaires.

Cependant, l'information ne fait pas l'objet d'une attention particulière dans la doctrine, les études sont peu nombreuses, alors même

que les références à l'information sont pourtant régulières, voire particulièrement importantes, notamment au sein des CCAG applicables aux marchés publics de travaux. Si les références sont nombreuses, si nous pouvons percevoir aisément l'importance de la transmission d'informations entre les parties au contrat, paradoxalement l'encadrement juridique apparaît plus en retrait, un peu moins précis et sans doute en décalage avec les attentes que nous pourrions légitimement avoir sur ce sujet.

Il est vrai que toutes les informations ne constituent pas un ensemble homogène. Leur contenu, leur origine ou encore la personne en charge de l'information diffèrent, et peuvent même impliquer l'intervention d'un tiers. L'information s'impose, dans certains cas, comme étant indispensable à l'exécution du contrat. Son absence peut alors constituer un blocage insurmontable. Parfois l'information est nécessaire uniquement pour accomplir un autre acte. Il en est ainsi de la déclaration du sous-traitant pour que le paiement de ce dernier puisse avoir lieu. À l'inverse, l'information peut être sans incidence directe sur l'exécution immédiate du contrat, l'information étant davantage destinée au pilotage du contrat, ce qui est le cas des rapports pour les concessions et les DSP notamment. Enfin, il peut s'agir de vérifier que certaines conditions du contrat sont réellement mises en œuvre comme la réalisation des clauses relatives à l'insertion sociale. Dès lors, l'information peut être appréhendée certaines fois comme un élément principal du contrat lors de son exécution, et d'autres fois comme un élément plus accessoire, constituant parfois même une formalité, indépendamment de la volonté exprimée par le législateur.

Ces différentes hypothèses évoquées montrent l'étendue de ce que peut recouvrir le champ de l'information et la difficulté de l'appréhender comme un ensemble construit de manière homogène, voire même d'être pensé dans sa globalité, au point de s'interroger sur la portée de cet échange. Malgré les textes, s'agit-il systématiquement ou au moins de manière plus générale d'une obligation entre les parties au contrat de la commande publique, obligation qui serait constituée par l'existence d'un véritable contrôle, voire qui pourrait conduire à des sanctions ? L'examen des textes relatif à l'information laisse entrevoir que les parties sont tenues dans de nombreux cas à la transmission de l'information, sans que des conséquences puissent être identifiées si celle-ci n'est pas transmise. Ainsi nous sommes face à l'existence d'informations multiples et réciproques (1), qui sont partiellement encadrées, constituant prioritairement un moyen de renforcer les rapports les parties au bénéfice du contrat (2).

1. L'existence d'informations multiples et réciproques

2 - Les références à une transmission de l'information sont bien présentes. Si les sources législatives existent, les principales sources sont contractuelles (A) mettant ces informations à la charge tant du titulaire du contrat, que du pouvoir adjudicateur ou de l'entité adjudicatrice (B).

A. - Des informations principalement contractuelles

3 - Les renvois à une exigence d'information dans le Code de la commande publique ne sont pas si fréquents. Le principal est celui relatif à la transmission d'un rapport d'information annuel à l'article L. 3131-5. Il y a été indiqué que « *Le concessionnaire produit chaque année un rapport comportant notamment les comptes retraçant la totalité des opérations afférentes à l'exécution du contrat de concession et une analyse de la qualité des ouvrages ou des services* ». Le contenu est davantage précisé à l'article R. 3131-3 du même code. Il existe d'autres dispositions, dont celle relative à la sous-traitance, concernant les modalités de son acceptation (CCP, art. L. 2193-4, relatif aux

marchés publics). Peut aussi être citée la nécessité d'établir un recensement économique¹.

Nous trouvons parallèlement de très nombreuses références dans les CCAG, notamment celui concernant les marchés publics de travaux, mais ce n'est pas le seul. Ainsi, dans ce CCAG au moins vingt-et-une dispositions distinctes font références au terme information. Les domaines visés sont extrêmement larges puisque l'exigence d'informations concerne aussi bien les modifications portant sur la situation juridique ou économique du titulaire², que la sous-traitance en lien avec les obligations de confidentialité³ que les constatations et constats contradictoires⁴, l'insertion sociale⁵, ou encore les études d'exécutions⁶, la réception⁷.

Au-delà de la demande d'information, plusieurs constats peuvent déjà être effectués à la lecture de ces différentes dispositions :

- le premier constat est que les informations à transmettre ne sont pas toujours véritablement encadrées quant à leur condition d'échanges. Même en l'absence de précisions explicites, il apparaît que certaines informations doivent nécessairement être transmises par écrit, comme le rapport pour les DSP et les concessions. Il en est de même pour la transmission des noms et références du sous-traitant ou encore de la réalisation des clauses d'insertion sociale. De plus, il est fait régulièrement état d'un recours à la notification, qui est définie comme étant « *l'action consistant à porter une information ou une décision à la connaissance de la ou des parties contractantes par tout moyen matériel ou dématérialisé (...)* »⁸. Elle est par exemple prévue au sujet des « *modifications portant sur la situation juridique ou économique du titulaire* »⁹. Cependant, la notification ne couvre pas toutes les hypothèses, l'information est visée sans celle-ci.

Aussi les modalités apparaissent-elles beaucoup plus libres. Il est évident qu'une partie des informations est échangée à l'oral, indépendamment des difficultés que ceci peut poser en cas de futur contentieux. Il est sans doute vrai que cette forme de transmission correspond mieux à la pratique et ce bien au-delà des marchés de travaux. Parfois les clauses contractuelles laissent elle-même une marge d'appréciation, comme le CCAG des marchés publics de prestations intellectuelles « *Lorsqu'il est prévu dans le marché que tout ou partie des prestations doit être exécutée par une personne nommée désignée et que cette personne n'est plus en mesure d'accomplir cette tâche, le titulaire doit : – en informer sans délai l'acheteur et prendre toutes dispositions nécessaires afin d'assurer la poursuite de l'exécution des prestations ;* »¹⁰. Le terme sans délai ne dit rien de la forme que doit revêtir l'information.

Cette pratique offre une réelle souplesse qui est nécessaire et permet une meilleure réactivité lors de l'exécution. La conséquence est, en revanche, qu'il est plus difficile de retracer cette transmission d'information et de les compiler autour d'un seul document. Le recours aux mails n'est pas toujours une solution optimale, tout comme les comptes rendus de réunion. Les contenus de ces derniers dépendent très largement de celui qui est l'origine de la rédaction ;

- le deuxième constat est qu'il est rare que les textes établissent clairement un délai pour la transmission de l'information. Néan-

1. *Ibid.*, art. L. 2196-3.

2. art. 3.4.2.

3. art. 3.6.

4. art. 11.

5. art. 20.1.

6. art. 29.

7. art. 41.

8. A. 30 mars 2021, art. 2, de l'annexe portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de prestations intellectuelles.

9. A. 30 mars 2021, art. 3.4.2, de l'annexe portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux.

10. CCAG marchés publics de travaux, art. 3.4.3.

moins, dans certaines hypothèses, une obligation temporelle apparaîtrait. Ainsi il est souvent renvoyé au fait que cette information doit être effectuée sans délai¹¹. Le délai peut aussi courir à partir de la signature d'un acte comme pour la sous-traitance : « *Dès la signature de l'acte spécial constatant l'acceptation du sous-traitant* »¹². De même, dans l'hypothèse d'une absence de constatation contradictoire, un délai de 8 jours court à compter de la notification de l'information par le titulaire du marché¹³.

Bien évidemment, il est possible au moment de la rédaction du contrat, d'ajouter certaines clauses pour encadrer plus strictement les transmissions d'information au regard notamment du pouvoir de contrôle et de direction que détient la personne publique. Cependant, la nécessité de cet encadrement peut interroger puisque l'information peut être obtenue par la personne publique aisément au regard de son pouvoir de contrôle. En effet, la personne publique peut avoir accès à de nombreuses informations, y compris en dehors de l'insertion de dispositions précises. Cependant, s'il est manifeste que des informations transitent à partir des pouvoirs attribués à la personne publique, il existe une asymétrie entre le titulaire du contrat et la personne publique, le titulaire n'ayant pas de réel moyen d'obtenir des informations en dehors de clauses contractuelles ou de dispositions législatives claires. Il est par ailleurs évident que la charge de la transmission de l'information relève davantage du titulaire du contrat.

B. - Les titulaires de l'exigence de la mise à disposition des informations

4 - L'information, selon sa nature et son contenu, relève de protagonistes différents, avec l'ambition d'être utile, ce qui justifie qu'elle soit souvent identifiée par les textes. Nous verrons cependant que la capacité à en faire réellement usage, principalement par la personne publique, est moins évidente.

Tout d'abord, la charge pèse essentiellement sur le titulaire du contrat. Toutefois ce n'est pas la seule hypothèse, ce qui permet de considérer que cette obligation est bien réciproque. Il est cependant rare qu'une disposition vise explicitement la personne publique. L'article L. 2196-2 du Code de la commande publique peut être cité comme l'une des rares dispositions illustrant cette hypothèse. Il est relatif à la mise à disposition de données essentielles. Ainsi, « *[D]ans des conditions et sous réserve des exceptions prévues par voie réglementaire, l'acheteur rend accessibles sous un format ouvert et librement réutilisable les données essentielles du marché, hormis celles dont la divulgation méconnaîtrait les dispositions de l'article ou serait contraire à l'ordre public* ».

La majorité des demandes d'information repose sur le titulaire du contrat. Cette situation n'est pas totalement surprenante, dès lors que le titulaire est un professionnel. Il détient à ce titre des informations spécifiques, privilégiées en lien avec l'exécution du contrat. Également, le titulaire est aux prises avec les différentes contraintes, voire les aléas découlant de l'exécution. Enfin, il lui revient, dans de nombreuses hypothèses, de rendre compte à la fois des conditions d'exécution du contrat, comme des retards, et d'effectuer les démarches, par exemple lorsqu'il a recours à la sous-traitance. Ainsi, si la passation du contrat exige des actions de la personne publique pour garantir notamment la transparence et l'égalité de traitement, au stade de l'exécution, les attentes reposent finalement bien davantage sur le titulaire.

Ensuite, le besoin d'accès à l'information se comprend aisément dans de nombreux cas lorsque le lien entre l'information fournie et sa finalité apparaît évident. Le plus souvent l'information est constituée

uniquement à destination de la personne publique. Entre dans cette hypothèse, les éléments relatifs à l'insertion sociale dont la réalisation et la réussite intéressent la personne publique. En effet, cette dernière devra rendre des comptes sur ce sujet, d'autant plus que la violation des obligations n'est pas sans incidences avec les conditions d'attribution du marché. De même les modifications portant sur les situations juridiques et économiques du titulaire du contrat sont des éléments majeurs pour la personne publique, afin qu'elle puisse s'assurer de la poursuite du contrat jusqu'à son terme ou anticiper les mesures nécessaires pour y parvenir. Cependant, l'information n'est pas toujours au bénéfice final de la personne publique. Ainsi les informations concernant les sous-traitants sont indispensables pour garantir leur paiement en premier lieu, même si, en second lieu, ces éléments sont également nécessaires pour vérifier que les opérations sous-traitées sont bien celles qui étaient envisagées dans le contrat.

La recherche semble ainsi celle d'une information utile, au sens où elle va garantir des meilleures conditions d'exécution. D'ailleurs certaines informations à transmettre sont plus densément documentées comme les rapports relatifs aux DSP et aux concessions. En effet, leur transmission est imposée par le code. Pourtant, dans la pratique, leur intérêt peut davantage questionner. Il semble y avoir ici un écart entre un rapport, souhaité comme essentiel au pilotage du contrat, et une appropriation par les personnes publiques qui semble parfois très éloignée de l'ambition initiale. Différents rapports de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes montrent que ces rapports sont inégalement appréhendés par l'ensemble des organes des communes notamment. Dans le rapport annuel de 2021, la Cour des comptes montre à l'égard de la gestion des casinos que les communes se saisissent difficilement de ces documents, quand ils en prennent connaissance réellement¹⁴. Il existe concrètement des situations disparates. La Cour des comptes met en exergue, dans de nombreux cas, une incapacité à faire usage de ces rapports. La chambre régionale des comptes de Paris a abouti à des conclusions équivalentes au sujet du théâtre musical du Châtelet à Paris, dans un rapport du 18 octobre 2023¹⁵.

Cette situation démontre que l'accès à l'information n'est pas en soi suffisant et que la capacité à piloter certains contrats publics complexes nécessite des compétences que les collectivités ne détiennent pas toujours. Il est vrai que la tentation peut être également de la part du titulaire de transmettre des informations insuffisamment claires ou encore de les présenter sous une forme technique, rendant leur accès pénible. Ces observations renvoient aussi à la question de la fiabilité de l'information sachant qu'au-delà de l'exigence d'une transmission de l'information, l'information s'inscrit avant tout comme un instrument du renforcement des liens entre les parties au contrat au bénéfice de son exécution, indépendamment de toute logique initiale de sanctions.

2. Un renforcement par l'information des rapports entre les parties au bénéfice de l'exécution du contrat

5 - L'information a un rôle identifié au moment de la phase d'exécution du contrat : s'assurer que le contrat sera correctement exécuté, ainsi qu'anticiper et accompagner les difficultés. Ces objectifs ne sont envisageables que si les informations transmises reflètent la réalité, renvoyant à leur fiabilité (A), ce qui semble être un objectif partagé par les parties au travers des CCAG, au regard de la place très accessible qui est accordée aux sanctions (B).

11. Par ex., CCAG marchés publics de travaux, art. 3.4.2.

12. CCAG marchés publics de travaux, art. 3.6.1.2.

13. CCAG marchés publics de travaux, art. 11.6.

14. C. comptes, Rapp. public annuel 2021, t. II, p. 116 et s.

15. Ch. rég. comptes, La gestion du Théâtre musicale du Châtelet – Exercices 2017 et s. – Rapp. d'observations définitives, 18 oct. 2023, p. 19 et s.

A. - Un renforcement sous réserve de la fiabilité de l'information

6 - L'information n'a une valeur que si l'information donnée est transmise en temps utile et si elle est fiable. Au cours de cette exécution, les parties doivent alors faire preuve de bonne foi afin de garantir à chacun une prise de décisions pertinentes. Cette bonne foi s'exprime cependant, selon nous, différemment selon que soient visés la personne publique ou le titulaire du contrat. La personne publique est tenue davantage par la loyauté inhérente aux relations contractuelles. Pour revenir rapidement sur la loyauté au stade de l'exécution, elle traduit l'idée d'une mise en œuvre de la bonne administration. Ainsi la loyauté concrétise les attentes particulières à l'égard de l'Administration dans sa gestion de ses prérogatives, alors que le droit des contrats publics instaure un déséquilibre entre les parties, laissant l'opportunité à l'Administration de sanctionner les carences, les fautes du cocontractant. Il est alors nécessaire que l'information soit transmise dans un délai raisonnable pour permettre au titulaire du contrat de pouvoir s'organiser et de pouvoir s'adapter. Le manque d'information, notamment au travers des ordres de service délivrés tardivement ou de manière imprécise, peut avoir des incidences majeures pour le titulaire. Ce dernier n'a pas toujours les moyens juridiques de surmonter cette situation. La loyauté n'est pas étrangère bien évidemment au titulaire du contrat, à qui elle peut être étendue. La principale hypothèse est celle où des informations doivent être transmises, notamment dans un délai imparti et qu'elles ne le sont pas. Il peut exister une volonté de ne pas partager l'information alors qu'elle est exigée.

Au-delà pour le titulaire, la loyauté ne nous semble pas couvrir toutes les hypothèses, plus particulièrement celle où l'information est incomplète ou imparfaite. Ainsi il émergerait à notre sens, une autre exigence, celle de la sincérité de l'information transmise¹⁶. La définition de la notion de sincérité renvoie cette fois à ce qui n'a pas été altéré ou faussé, à ce qui est également considéré comme fiable, exacte et authentique. Plus largement la sincérité est liée à l'absence d'intention de fausser, d'altérer une situation, un document ou plus largement une information. Elle implique également la cohérence dans le domaine budgétaire. La sincérité n'est alors pas totalement assimilable à la loyauté, qui paraît relever plus directement d'un comportement adopté par rapport à une situation. Ce comportement pourrait alors être considéré comme inadapté et en conséquence qualifié de déloyal.

En renvoyant à la sincérité, l'exigence est celle de l'accès à une information systématiquement fiable par exemple par rapport à la réalisation des différentes phases de travaux ou sur les difficultés qui se posent réellement au titulaire du contrat lors de l'exécution. Toutefois, il n'est pas toujours évident de déterminer la fiabilité de l'information. En effet, certains contrats impliquent la réalisation de performances. Celles-ci ont généralement une incidence sur les conditions de rémunération du contrat. Or, les indicateurs de performance ne sont pas directement accessibles à la personne publique et relèvent bien davantage d'une déclaration effectuée par le titulaire du contrat. La vérification n'est pas possible dans la plupart des cas, l'agrégation des données étant complexe, et les données difficilement accessibles pour la personne publique. La réalisation des indicateurs de performance repose sur un rapport de confiance et renvoie principalement à la sincérité. La présence de ces indicateurs pose plus largement la question de leur recours et de la valeur d'une telle information. Cette situation a également une incidence sur la capacité des personnes publiques à rendre compte de la réalisation de

certaines contrats, notamment les DSP et les concessions. Cette information se distingue de celles plus objectives en mesure d'être réellement contrôlées. Elles ont cependant chacune une valeur pour les parties au contrat.

Ainsi, malgré les doutes inhérents au contenu de l'information, les sanctions apparaissent très incertaines et accessoires dans ce cadre contrairement à d'autres aspects de la vie des contrats de la commande publique.

B. - Les sanctions incertaines et accessoires face aux imperfections des informations

7 - Il est difficile de déterminer si l'exigence d'une transmission d'une information constitue une obligation, parce qu'elle relève principalement d'un rapport nécessaire et volontaire entre les parties au contrat. En effet, cette transmission se ferait certainement indépendamment de dispositions contractuelles. Toutefois, la présence de dispositions consacrées à l'information pourrait assez logiquement conduire à un régime de sanction afin de s'assurer de sa fiabilité ou encore afin de faire respecter les délais indiqués. Dans ce prolongement, nous pourrions être face à une obligation juridique coercitive. Dans le cadre de l'exécution, à l'examen des différentes dispositions que ce soit du Code de la commande publique ou des CCAG, l'instauration de sanction apparaît exceptionnelle. Il est nécessaire de préciser que l'absence de disposition express n'empêche pas les parties contractantes de prévoir effectivement une sanction. Au regard du droit positif, la référence à des sanctions est présente, par exemple, à propos des clauses d'insertion sociale dans l'hypothèse où cet engagement n'est pas respecté. Il est prévu des pénalités forfaitaires pour non-transmission de l'information ou encore en cas d'absence du titulaire à une réunion de manière injustifiée¹⁷. Il en est de même lorsque « le titulaire est tenu de communiquer le contrat de sous-traitance et ses éventuels avenants au maître d'ouvrage »¹⁸. Une pénalité journalière est expressément prévue. De même dans le CCAG des marchés publics de prestations intellectuelles, il est indiqué qu'il est possible de prononcer des pénalités pour absence de documents liés à la gestion des déchets¹⁹. La résiliation du contrat n'est pas envisagée directement en lien avec un défaut d'information. Elle est seulement retenue lorsqu'il existe un défaut réitéré à la transmission d'informations, toujours en ce qui concerne la sous-traitance : « Le défaut de communication du contrat de sous-traitance trente jours après cette mise en demeure expose le titulaire à l'application des mesures prévues à l'article 50.3 »²⁰.

Si la sanction est possible, elle ne s'impose jamais de façon automatique. Il s'agit d'une faculté qui est laissée à disposition de la personne publique par les textes. L'exécution du contrat reste privilégiée. Le recours à la pénalité financière ne constitue en aucun cas un obstacle à une exécution complète du contrat, mais permet de dissuader certains comportements ou de faire pression pour obtenir les informations nécessaires. Cette logique est pleinement en adéquation avec l'approche plus générale de la commande publique. Il n'y a ainsi pas de logique de généralisation de la sanction. En analysant les hypothèses où une sanction est prévue, les cas sont finalement réduits. La sous-traitance, les clauses d'insertion sociale ou encore la gestion des déchets sont des sujets singuliers au sein des contrats publics. Par exemple, la sous-traitance renvoie à l'équilibre économique des TPE et PME qui sont les premières à être sollicitées pour la sous-traitance. Les clauses d'insertion sociale impliquent une approche solidaire vis-

16. En ce sens, V. Bouhier, *Vers l'émergence d'une obligation générale de sincérité des candidatures ? in L'exclusion de la procédure de passation de la commande publique. L'examen des candidatures*, (ss dir. scientifique) V. Bouhier, 2023, p. 25.

17. CCAG marchés publics de travaux, art. 20.1.5.

18. CCAG marchés publics de travaux, art. 3.6.1.5.

19. CCAG marchés publics de prestations intellectuelles, art. 20.4 : « En cas d'absence de production des éléments attestant la traçabilité des déchets, le titulaire se voit appliquer, après mise en demeure restée infructueuse, une pénalité dont le montant est fixé par les documents particuliers du marché ».

20. CCAG marchés publics de travaux, art. 3.6.1.5.

à-vis de publics éloignés du marché du travail. La gestion des déchets prend en considération la protection de l'environnement et de la santé, en évitant un abandon des déchets en dehors des lieux dédiés à leur traitement. Ces différents sujets sont en lien avec la préservation d'éléments qui relèvent au moins pour partie de l'ordre public, dont l'ordre public économique. Ainsi les autorités publiques semblent vouloir garantir, au moins dans leur contenu, une protection plus forte face à un défaut d'information sur des sujets ayant des incidences potentiellement graves. Cette référence à des sanctions reste toutefois limitée en l'absence d'obligation de les adopter. Les parties demeurent ainsi maître dans leur action. La sanction n'est ainsi pas le moteur de la mise en œuvre de la transmission de l'information. Elle résulte d'un intérêt commun des parties à la réalisation du contrat. L'information va même renforcer le lien entre les parties puisqu'elle va les mettre en condition de parvenir au terme du contrat, avec l'espoir de rapports non conflictuels.

Finalement, l'information est un élément incontournable de l'exécution des contrats publics. Elle place les parties au contrat dans

un nécessaire rapport de confiance, avec la volonté que l'information soit réellement transmise et fiable. L'exigence émanant des textes ne fait que rappeler la nécessité de partager l'information, l'encadrement étant finalement très partiel. Bien évidemment, l'exigence n'est pas toujours pleinement respectée et des sanctions sont toujours possibles. Cependant, ces dernières apparaissent inadaptées par rapport à l'objectif de bonne exécution du contrat. En effet, la sanction n'assure pas la transmission effective de l'information ou d'une information fiable. En outre, elle risque de tendre les relations entre les parties, altérant ou détériorant encore davantage le partage de l'information. Aucune des parties n'y a intérêt. La logique de solutions alternatives pour faire face aux difficultés, aux incompréhensions, semble être de favoriser la médiation, la conciliation qui peuvent intervenir très tôt, préservant alors la bonne exécution du contrat. Ces voies doivent être développées et sans doute insérées expressément dans le contrat. L'information restera ainsi largement dépendante du contenu de la relation entre les parties et de leur volonté d'œuvrer ensemble. ■

2392 Information et rapports entre les parties : approche pratique et comparée

Damien GOUBAU,

*directeur délégué aux affaires juridiques,
aux risques et à la conformité
au sein du groupe Demathieu Bard*



L'information à l'occasion d'une opération de construction ou d'une délégation de service public est bien sûr un élément profondément déterminant de la bonne réalisation du contrat, à plus forte raison au regard de la singularité de chaque opération, de la multiplicité des intervenants mais encore au regard du caractère évolutif de ces opérations. Malgré ces différents facteurs, l'impression générale des praticiens est que la très grande majorité des informations sont transmises correctement, à l'exception d'un solde d'informations dont le défaut engendre des dysfonctionnements de toutes natures, faisant courir des risques, ou encore obérant les intérêts respectifs des parties en présence. Il est dès lors du devoir des professionnels d'imaginer des solutions à cet état de fait, dont on ne peut se satisfaire. Que ce soit en France ou dans d'autres ordres juridiques, les principes généraux d'obligation d'information, de bonne foi, de bonne collaboration, d'interdiction du dol, apparaissent insuffisants pour assurer une transmission de l'information efficiente. Fort de cela, le présent exposé a pour objet de mettre en lumière l'impératif de la précision contractuelle à la charge du pouvoir adjudicateur, s'agissant de marchés publics, pour pallier les insuffisances inhérentes aux seuls principes légaux. Il s'agira dès lors d'envisager, au sein du contrat, l'organisation d'une communication multidirectionnelle entre les intervenants en intégrant des critères de périodicité, la définition des moyens de communication

et des rôles spécifiques de chaque intervenant, ainsi que les délais impartis pour transmettre l'information.

1 - L'information à l'occasion de l'exécution d'une opération de construction ou d'une délégation de service public est bien sûr un élément profondément déterminant de la bonne réalisation du contrat. Elle est, au-delà, essentielle à la préservation des intérêts respectifs des opérateurs, qui parmi bien d'autres enjeux, doivent également veiller attentivement à la sécurité des personnes physiques, à la préservation de l'équilibre économique de leur contrat ainsi qu'à la préservation des enjeux environnementaux.

Cet aspect crucial de l'information est rendu encore plus sensible et complexe sous l'effet de 4 phénomènes distincts :

- ces opérations sont toujours nouvelles, en ce sens que par principe aucune n'est la répétition à l'identique d'une opération antérieure. Chaque opération est singulière au regard de son objet, de son emplacement, de ses acteurs, de son organisation,...
- elles peuvent compter de très nombreux intervenants, qui sont amenés à travailler directement ou indirectement ensemble : maître d'ouvrage, assistant maître d'ouvrage, maître d'ouvrage délégué, maître d'œuvre, assistant maître d'œuvre, entreprise principale, co-traitants, sous-traitants, fournisseurs, coordonnateur SPS, etc., la diversité d'entre eux étant à peine moindre dans le domaine des délégations de service public ;
- les opérations en question sont toujours évolutives, en tout cas pour celles qui sont d'une certaine ampleur, sous l'effet de contraintes apparaissant en cours de réalisation, ou de choix ou d'adaptations à prendre en compte au fur et à mesure de l'avancement ;
- elles engagent de très nombreux aspects profondément divers, notamment de pure technique, organisationnels, de prévention de la sécurité, comptables, fiscaux, d'urbanisme,...

Malgré ces facteurs, qui constituent assurément des obstacles significatifs à une communication transparente et efficiente, l'impression générale des praticiens est que la très grande majorité des informations sont transmises correctement. Au demeurant, on imagine mal comment les objectifs de ces opérations seraient atteints si tel n'était pas le cas.

La difficulté réside dans le solde d'informations, celles qui ne sont pas communiquées ou celles qui le sont mais de façon lacunaire pour le destinataire, de sorte que celui-ci ne peut décider en connaissance de cause des actions qu'il doit ou ne doit pas faire ou des approbations qu'il doit éventuellement communiquer.

C'est précisément ce solde d'informations qui est la cause des dysfonctionnements de toutes natures, qui causent une réalisation imparfaite du projet, font courir des risques, ou encore obèrent les intérêts respectifs des parties en présence.

Il est du devoir des professionnels d'imaginer des solutions à cet état de fait, dont on ne peut se satisfaire.

Ceci étant, et avant d'envisager les différentes sources d'obligations de transmission de l'information dans les marchés de travaux publics et délégations de services publics, il convient au préalable de clarifier la notion d'information.

1. Qu'est-ce que l'information ?

2 - L'information se définit usuellement comme le fait d'informer quelqu'un, un groupe, de le tenir au courant des événements en portant à sa connaissance une indication, un renseignement, une préci-

sion que l'on donne ou que l'on obtient sur quelque'un ou quelque chose¹.

L'information est indissociable de la communication : l'articulation entre ces deux notions réside dans le fait que l'information est le message transmis, tandis que la communication est le processus par lequel cette information est partagée et interprétée.

De manière générale, et à plus forte raison en marchés publics, l'information revêt deux valeurs essentielles :

- une valeur de transparence d'une part, en ce qu'elle apporte une connaissance dont le destinataire ne disposait pas. Ainsi, la principale raison d'être de l'information est son rôle dans le processus de diminution de l'incertitude de celui qui la reçoit ;
- une valeur décisionnelle d'autre part, car son analyse par le destinataire découlera directement sur un choix, une prise de décision, une action. Au demeurant, l'information n'aura de valeur que si elle a une influence sur les décisions à prendre ou les actions à mener et à ce titre, toutes les informations n'ont pas la même valeur.

L'information qui nous intéresse est donc celle qui n'a pas qu'un caractère « informatif », mais davantage un caractère « décisif », celle qui permet aux cocontractants d'orienter leurs choix et décisions, tant à un stade précontractuel qu'au stade de l'exécution du contrat et dont la transmission se profile comme une pierre angulaire, conditionnant la réussite et l'efficacité de contrats complexes.

Pour la suite du présent exposé, il sera intéressant de relever que distinguer la transmission d'informations au stade de conclusion du contrat de son exécution paraît quelque peu artificiel. L'exécution comporte en effet des contrats seconds comme des avenants, ou des actes unilatéraux (ordre de service, acceptation, autorisation, etc.) qui ont tous une « vocation contractuelle », en ce que le contrat va évoluer en fonction de ces contrats seconds ou unilatéraux.

Il s'agira dès lors d'envisager les sources d'obligations de transmission de l'information à l'occasion de la relation contractuelle, au premier chef desquelles se trouvent les sources légales d'une part et les sources contractuelles d'autre part, et de s'interroger sur l'efficacité de chacune d'entre elles, le tout sous l'angle du droit comparé.

2. Les sources légales de la transmission de l'information : regards sur quelques droits positifs en matière d'obligation d'information, de devoir de loyauté, de dol et de bonne foi

3 - Si l'on examine de façon aléatoire et sommaire l'état du droit positif dans quelques systèmes juridiques différents, en l'occurrence la France, l'Allemagne et l'Amérique du Nord, on constate très rapidement que la notion d'information, et ses corollaires comme la bonne foi, la loyauté, l'interdiction du dol, ne sont absolument pas appréhendées de façon similaire ni même convergente.

La volonté n'est ici absolument pas d'avoir une vision exhaustive, scientifique, mais seulement de voir, au terme d'un voyage trop rapide, ce qui pourrait être commun dans ces droits positifs.

Le point de départ de la réflexion de praticien est de voir si un *devoir général d'information* existe réellement dans la pratique du droit positif.

En France, l'article 1112-1 du Code civil consacre un devoir général d'information précontractuelle dont les contours ne seront pas

NdA : L'auteur remercie Déborah Ben Chemoul, juriste aux Affaires internationales chez Demathieu Bard, pour sa participation à la rédaction de cet article.

1. *Dictionnaire Larousse* (www.larousse.fr).

évoqués ici mais dont il sera simplement rappelé qu'il est applicable à tous les contrats, y compris de considération prétorienne, les contrats publics. Pour autant, en matière administrative, il n'y a pas de jurisprudence tangible quant au fondement du devoir d'information. Les recherches de décisions des juridictions judiciaires, dans le domaine des marchés de travaux et des délégations de service public sont également vaines.

Le Code civil allemand (*Bürgerliches Gesetzbuch* ou BGB), dont la dernière mise à jour est intervenue en 2001 et qui n'a pas connu de réforme récente du droit des obligations à l'instar de la réforme française du 10 février 2016², ne prévoit pas un devoir général d'information, mais consacre plutôt des devoirs d'information spécifiques, lesquels trouvent généralement leur source dans la mise en œuvre de textes européens, en matière de droit de la consommation par exemple.

Aucun devoir général d'information, en particulier au stade de l'exécution du contrat, n'est en définitive consacré en France et Outre-Rhin, pas plus qu'un éventuel devoir de renseignement. Dans ce sens, l'introduction de l'article 1112-1 dans le Code civil français est venue atténuer la position d'un certain courant de la doctrine qui plaçait auparavant le devoir de se renseigner comme un principe fondamental et prépondérant au devoir d'information. Le professeur P. Jourdain³ indiquait notamment en 1983 que « *Le devoir de se renseigner est un principe dont l'obligation d'informer ne représente qu'une exception* ». Une telle affirmation ne trouve aujourd'hui aucun fondement manifeste.

Puisque nous restons sur notre faim avec l'obligation d'information, tâchons de nous intéresser à des notions apparentées que sont la bonne foi et l'obligation de loyauté. On l'a vu en effet : l'information découle de l'obligation de loyauté ; pour sa part la loyauté implique la bonne foi.

Pour Marie Rakotovahiny⁴, maître de conférences à l'université de Toulouse III, si les modalités de l'information interrogent en différents aspects (existence d'un droit à l'information ? obligation de s'informer ? contenu de l'information ?), « *ces questionnements ne peuvent occulter une certitude : l'information des contractants est justifiée par l'obligation de loyauté qui prévaut dans le contrat et même antérieurement au contrat* ».

Cette obligation de loyauté, bien que n'étant pas prévue *expressis verbis* dans le Code civil français, découle d'une nécessité de transparence dans les relations contractuelles, laquelle trouve sa source dans le déséquilibre contractuel induit par le fait qu'un cocontractant dispose d'une information déterminante du consentement de son cocontractant au stade de la formation du contrat ou déterminante de l'exécution de ses prestations par son cocontractant.

Pour autant, l'obligation de loyauté contractuelle, bien qu'essentielle, ne saurait s'élever en contrariété avec les dispositions prévues au contrat. C'est ce qui ressort d'un arrêt du Conseil d'État du 20 juin 2016 « *Sté. Eurovia Haute Normandie et Sté Colas* »⁵, par lequel ce dernier a confirmé l'absence d'une telle obligation de loyauté au motif que « *les sociétés requérantes ne peuvent utilement se prévaloir de la méconnaissance par la MRN du principe de loyauté des relations contractuelles au motif qu'elle aurait mis tardivement à leur charge des pénalités de retard pour la période du 10 février au 21 mai 2001, dès lors que ces pénalités résultent de la mise en œuvre des stipulations convenues entre les parties* ».

2. Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
3. P. Jourdain, *Le devoir de « se renseigner »* (contribution à l'étude de l'obligation de renseignement) : D. 1983, Chron., p. 139.
4. M. Rakotovahiny, *L'information des contractants* : LPA 30 avr. 2019, n° 138v0, p. 72.
5. CE, 7^e-2^e ch. réunies, 20 juin 2016, n° 376235.

L'obligation de bonne foi quant à elle, est érigée au rang de principe d'ordre public par l'article 1104 du Code civil, lequel prévoit que les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.

Pour autant, les recherches de jurisprudence mènent à constater que ce n'est pas un fondement tangible pour se prévaloir d'un défaut d'information en cours d'exécution d'un marché public, la jurisprudence en matière de marchés publics, dans laquelle serait mentionné en motif l'article 1104 du Code civil, étant inexistante.

Le fondement de la bonne foi, sous l'expression « *Treu und Glauben* » trouve un écho bien plus retentissant dans la pratique allemande. Ainsi, la bonne foi est consacrée dans le Code civil allemand à deux égards :

- d'une part en matière d'interprétation du contrat, le § 157 BGB prônant une interprétation objective du contrat eu égard aux usages et à la bonne foi : « *les contrats doivent être interprétés comme l'exige la bonne foi, eu égard aux usages admis en affaires* » ;
- d'autre part, sur l'obligation générale de bonne foi, le § 242 BGB prévoit que : « *le débiteur est tenu de fournir la prestation comme l'exige la bonne foi eu égard aux usages admis en affaires* ».

Par un arrêt du 14 octobre 1992⁶, la Cour suprême allemande (*Bundesgerichtshof*), a retenu que le principe de bonne foi « *est, en tant que principe juridique supérieur, immanent à tous les ordres juridiques* ».

Selon Me. R. Martin de Lagarde, la bonne foi est ainsi érigée en principe suprême du droit en Allemagne, là où elle n'est qu'un standard juridique en France⁷.

Bien que moins enracinée dans la théorie générale des contrats qu'elle ne peut l'être en France ou en Allemagne par exemple, la bonne foi est également consacrée en droit américain. À ce titre, le *Uniform Commercial Code (UCC)*, lequel régit la vente de biens dans la plupart des États américains, exige expressément le respect de la bonne foi entre les parties dans la section « *obligation of good faith* »⁸.

En dehors des contrats commerciaux, la bonne foi n'est pas autrement codifiée et résulte essentiellement de la jurisprudence. Ainsi, le *Restatement (Second) of Contracts* de 1981, qui récapitule la *Common Law* américaine en matière de contrats, intègre un concept de bonne foi dans tous les contrats de manière générale, mais son application est à nuancer compte tenu de la prégnance du principe de liberté contractuelle dans le système de la *Common Law*.

De la même manière qu'en droit américain, le droit canadien repose sur le régime juridique de *Common Law*. Pour autant, les contours du principe de bonne foi y ont été dessinés de façon singulière. Historiquement, certains tribunaux estimaient qu'il existait une obligation générale de bonne foi⁹, tandis que, d'autres estimaient que l'obligation de bonne foi n'avait pas vocation à s'appliquer à tout type de contrat¹⁰.

Par son célèbre arrêt « *Martel Building Ltd V. Canada* »¹¹ [2000], la Cour suprême du Canada a déclaré suivant cette deuxième conception, qu'il serait contraire d'imposer une obligation de diligence au stade des négociations contractuelles (ou *tort of negligence*) car cela

6. BGH, 14.10.1992 – VIII ZR 91/91.

7. R. Martin de Lagarde, *Le § 242 du BGB, Les blogs pédagogiques, université Paris Nanterre*.

8. UCC, § 1-3041-304.

9. *McDonald's Restaurant of Canada Ltd. c/ British Columbia* (1997).

10. *Transamerica Life Canada Inc. c/ ING Canada Inc.* (2003), 68 O.R. (3d) 457 (C.A.).

11. *Martel Building Ltd. c/ Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860 : « *It would defeat the essence of negotiation and hobble the marketplace to extend a duty of care to the conduct of negotiations, and to label a party's failure to disclose its bottom line, its motives or its final position as negligent. Such a conclusion would of necessity force the disclosure of privately acquired information and the dissipation of any competitive advantage derived from it, all of which is incompatible with the activity of negotiating and bargaining* ».

serait contraire au fonctionnement du marché. Elle indiquait en ce sens : « *Ce serait aller à l'encontre de l'essence de la négociation et entraîner le marché que d'étendre une obligation d'attention (care) à la conduite des négociations et de qualifier de négligence le défaut d'une partie à divulguer ses résultats, ses motivations ou sa position finale. Une telle conclusion obligerait nécessairement à la divulgation d'informations acquises à titre privé et à la dissipation de tout avantage concurrentiel qui en découle, ce qui est incompatible avec l'activité de négociation et de marchandage.* »

Au stade de l'exécution des contrats en revanche, la notion de bonne foi a été récemment clarifiée et tend désormais à s'imposer. L'arrêt de la Cour suprême du Canada « *Bhasin contre Hrynew* »¹² [2014] a en effet constitué une évolution significative, la Cour ayant reconnu que l'exécution de bonne foi des contrats, et le devoir qui en découle d'agir honnêtement dans l'exécution des obligations contractuelles, constitue un principe directeur général de la *Common Law*. Ainsi, la partie exécutant ses obligations contractuelles doit prendre en compte comme il se doit les intérêts légitimes de son partenaire contractuel. Suivant cette considération, les juges ont établi une « *obligation générale d'honnêteté en matière d'exécution contractuelle* », laquelle se résout, en cas de manquement, en dommages et intérêts.

À la question de savoir si l'obligation générale d'honnêteté avait vocation à s'étendre à l'omission ou au silence d'un cocontractant, les juges ont répondu par la positive et ont à ce titre considéré que cette exigence pouvait comprendre : « *des demi-vérités, des omissions, et même le silence* ».

Il demeure toutefois que les parties ne sont pas tenues d'agir à l'encontre de leurs propres intérêts commerciaux¹³ ou qu'elles peuvent poursuivre leurs propres intérêts tant qu'elles exercent une discrétion contractuelle raisonnable¹⁴.

Notre tour d'horizon sur la bonne foi se termine avec le droit Québécois, relativement précurseur en ce qu'il reconnaît au sein même de son Code civil une obligation générale de bonne foi aux stades de la formation, de l'exécution et de la fin du contrat. Il sera rappelé à cet égard que la province du Québec est la seule d'inspiration civiliste, celle-ci disposant d'un Code civil inspiré du Code Napoléon français.

Au titre du Code civil québécois, la bonne foi repose sur trois articles : l'article 6 dispose que « *Toute personne est tenue d'exercer ses droits civils selon les exigences de la bonne foi* » ; l'article 7 poursuit : « *Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi* » ; enfin, l'article 1375 prévoit que « *la bonne foi doit gouverner la conduite des parties, tant au moment de la naissance de l'obligation qu'à celui de son exécution ou de son extinction* ».

Si le stade des pourparlers précontractuels n'est pas évoqué par l'article 1375 du Code civil québécois, contrairement au système français (vide juridique¹⁵), les tribunaux locaux ont tout de même mis en place un faisceau d'indices permettant de déterminer si la partie a manqué à son obligation de bonne foi dans le cadre de négociations précontractuelles. De façon traditionnelle, seront vérifiées par exemple l'existence de négociations véritables (les négociations doivent être solidairement engagées¹⁶) ou bien encore l'existence de

documents préparés dans le cadre des négociations ainsi que les communications entre les parties¹⁷.

Néanmoins, et à l'instar de l'adage « *Nemo Auditur* »¹⁸ largement consacré en France, les tribunaux québécois retiennent que l'opérateur économique ne peut pas invoquer la mauvaise foi du pouvoir adjudicateur en cas d'information qui nécessite « *des études poussées ou des travaux* » de la part de l'opérateur économique. En effet, cette responsabilité pèse sur ce dernier dès lors que l'information est « *déterminée ou déterminable* » à l'occasion de la soumission¹⁹.

Outre l'obligation de bonne foi, il est souvent fait référence au Canada à l'obligation de coopération et l'obligation de renseignement à la charge des cocontractants, dont les composantes dans le cadre d'un contrat d'entreprise s'articulent autour de la connaissance de l'information par le maître de l'ouvrage, la nature déterminante de l'information ou encore l'impossibilité de l'entrepreneur de se renseigner lui-même.

Plusieurs arrêts fondamentaux ont renforcé ces principes au fil du temps, et en particulier l'arrêt *Bail*²⁰, par lequel les juges ont considéré qu'une partie à un contrat doit se conduire tout aussi raisonnablement et avec la même bonne foi à l'égard des tiers qu'à l'égard des autres parties contractantes. Les juges en ont déduit en l'espèce, que le sous-traitant peut invoquer en sa faveur un manquement du maître d'ouvrage à son obligation de renseignement, dès lors que le maître d'ouvrage ne s'est pas comporté comme une personne raisonnable. Une telle logique n'est pas sans nous rappeler celle développée en France par le Conseil d'État, dans son fameux arrêt « *Haute Normandie* »²¹.

Les curseurs de la bonne foi (et de ses corollaires) sont en définitive placés à des niveaux bien différents selon le système juridique concerné, tantôt élevés en droit allemand ou québécois, tantôt moins élevés dans les systèmes américain, canadien et français où les conséquences pratiques de ce principe sont bien moins palpables.

Une alternative, pour envisager les sources de l'obligation d'information résiderait encore éventuellement dans le dol.

Le dol, qui s'analyse comme l'aspect négatif de la bonne foi et de la loyauté, est interdit en France par l'article 1130 du Code civil au stade des négociations et de la formation du contrat, au titre des vices du consentement.

Une jurisprudence étoffée a été développée par les tribunaux français en la matière, essentiellement au bénéfice du maître d'ouvrage d'un marché de travaux, afin de lui permettre de contourner la forclusion décennale, amoindissant au passage le caractère intentionnel du dol.

Ainsi, par un arrêt du 27 juin 2001²², la 3^e chambre civile de la Cour de cassation avait pu retenir : « *Mais attendu que le constructeur, nonobstant la forclusion décennale, est sauf faute extérieure au contrat, contractuellement tenu à l'égard du maître de l'ouvrage de sa faute dolosive lorsque, de propos délibéré même sans intention de nuire, il viole par dissimulation ou par fraude ses obligations contractuelles* ».

Toutefois, et de façon plus nuancée, la 3^e chambre civile de la Cour de cassation a retenu le 6 janvier 2017²³ que « *ne caractérise pas la faute dolosive du constructeur, le fait pour ce dernier de n'avoir pas pris les précautions élémentaires pour surveiller la totalité de l'exécution des travaux de gros œuvre qu'il a sous-traités.* »

12. *Bhasin c/ Hrynew*, [2014] CSC 71.

13. *Alberta Ltd. c/ 11180673 Canada Inc.*, 2021 ONCA 590.

14. *Wastech Services Ltd. c/ Greater Vancouver Sewerage and Drainage District*, 2021 CSC 7.

15. B. Lefebvre, *Rupture des pourparlers : négociateurs, appel à la prudence !*, dans S.F.P.B.Q., vol.

16. *Singh c/ Kohli*, 2015, QCCA.

17. *Wykanta Canada Limited c/ Lafrance*, 2020 QCCS.

18. L'adage latin « *Nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans* » signifie « *nul ne peut se prévaloir de sa propre turpitude* ».

19. *Sintra Inc c/ Ville de Montreal*, 2023, QCCA.

20. *Banque de Montréal c/ Bail Itee*, 1922, 2 RCS.

21. CE, 5 juin 2013, n° 352917, Région Haute-Normandie.

22. Cass. 3^e civ., 27 juin 2001, n° 99-21.017.

23. Cass. 3^e civ., 6 janv. 2017, n° 15-22.772.

En Allemagne, le § 123 BGB parle de « *tromperie dolosive* » (*arglistige Täuschung*) et dispose ainsi en son alinéa 1^{er} : « *quiconque a été déterminé, par tromperie dolosive ou de manière illicite par voie de menace, à émettre une déclaration de volonté peut annuler sa déclaration* ».

Le droit des contrats allemand distingue la déclaration de volonté (le contrat est formé par la rencontre des deux déclarations de volonté, c'est-à-dire l'*instrumentum*) du contrat en tant qu'acte juridique (*negocium*).

La tromperie dolosive conduit à l'annulation de la déclaration de volonté unilatérale de la personne trompée (*Anfechtungserklärung*), mais pas à l'annulation du contrat en tant que tel. La personne trompée doit alors agir sur le fondement de l'enrichissement sans cause pour qu'elle soit remise dans l'état dans lequel elle se trouvait préalablement à la conclusion du contrat.

Cette précision faite, il appert que le régime de la tromperie dolosive allemande est relativement similaire au régime du dol français. Ainsi on relèvera que la tromperie dolosive allemande présuppose une intention, de même qu'en droit français.

De façon similaire, l'article 1401 du Code civil du Québec prévoit que « *L'erreur d'une partie, provoquée par le dol de l'autre partie ou à la connaissance de celle-ci, vicie le consentement dans tous les cas où, sans cela, la partie n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions différentes. Le dol peut résulter du silence ou d'une réticence.* »

Dans la Common Law, c'est la notion de « *misrepresentation* » qui s'apparente le plus à la notion de dol. Il s'agit toutefois d'un fondement moins développé que dans les pays de tradition civiliste et qui n'a vocation à s'appliquer qu'aux obligations d'information spécifiquement consacrées de façon prétorienne. Ceci étant, lorsqu'elle trouve à s'appliquer, la « *misrepresentation* » s'entend tantôt plus largement en ce qu'elle peut être caractérisée sans élément intentionnel en cas de « *misrepresentation* » innocente ou par négligence (par opposition à la « *misrepresentation* » frauduleuse), tantôt de façon plus restrictive, en ce que la réticence dolosive (silence) ne peut pas être constitutive de dol²⁴.

Au terme de ce voyage beaucoup trop rapide et qui n'a aucune volonté scientifique, on ne peut toutefois que constater la très grande divergence des droits positifs quant à une obligation générale d'information, ou de quelques-uns de ses corollaires que sont la bonne foi, la loyauté ou l'interdiction du dol.

Alors que les relations contractuelles entre des parties à un contrat remontent à plusieurs milliers d'années, ces principes bien que nécessaires, apparaissent comme démunis pour régir de façon effective et forte la nécessité de bonne communication entre elles.

Il ressort notamment que les droits des parties à défendre leurs intérêts sont plus significatifs, comme l'illustre l'arrêt *Martel Building Ltd V. Canada*²⁵.

C'est en définitive arriver au constat que des principes généraux ne sauraient y parvenir, ces principes trop généraux ne pouvant régir une communication efficace, au jour le jour, sur des opérations de grande ampleur.

Pour autant, la bonne communication de l'information est absolument déterminante pour la réussite des projets, et la préservation des intérêts en présence des multiples intervenants. La question qui se pose désormais est de savoir, comment dans les contrats publics favoriser cette bonne information, et parvenir à diminuer le solde d'informations qui fait défaut à la parfaite réalisation des projets.

3. Les sources contractuelles de la transmission de l'information comme palliatifs de l'insuffisance des principes fondamentaux

4 - Les personnes confrontées à la volonté d'optimiser la transmission des informations sur leurs opérations, qu'elles soient juristes ou opérationnelles savent, dans leur vie professionnelle, toute l'importance qu'il faut accorder au contrat. C'est finalement le texte de référence, qui va les conduire au quotidien dans le déroulement de l'opération, et qui sera déterminant dans l'allocation des tâches qui incombent aux intervenants à cette opération. Loin d'être un texte à seule vocation juridique, le contrat est véritablement la source de la structuration de l'opération entre les parties, et de la communication entre elles.

Les CCAG des marchés publics font déjà des obligations, en de multiples endroits, aux parties de communiquer et de collaborer entre elles, ce qui avait d'ailleurs été largement exposé en novembre 2021, à l'occasion du colloque de la Chaire de Droit Public Lyon 3 relatif à la discussion dans les contrats administratifs.

De la même manière, les « VOB/B » ou conditions générales contractuelles de la construction applicables à tout marché public de travaux en Allemagne (équivalent au CCAG en France), n'érigent pas de principe général d'information, mais prévoient quelques devoirs d'informations spécifiques.

Il reste que ces obligations sont relativement trop générales et dès lors imprécises, et certainement trop unilatérales, dans la mesure où elles ne s'appliquent trop souvent qu'aux seuls opérateurs vis-à-vis du pouvoir adjudicateur, sans que l'inverse ne soit vrai, ni que cela soit de la transmission entre des parties à une même opération mais non liées par contrat, n'est que trop peu envisagée.

Aussi, il convient de mettre en lumière l'impératif de la précision contractuelle pour pallier les insuffisances inhérentes aux seuls principes légaux.

Ceux qui ont eu l'occasion de pratiquer des contrats anglo-saxons savent que ceux-ci sont en général nettement plus précis à cet égard : telle information doit être communiquée sous peine de telle sanction. Les contrats FIDIC (Fédération internationale des ingénieurs-conseils) en sont un exemple éloquent.

La précision contractuelle se manifeste dans la spécification détaillée des modalités de communication entre les parties. Au lieu de laisser la communication à l'interprétation, le pouvoir adjudicateur doit intégrer des clauses claires et détaillées dans le contrat, définissant les obligations de chaque partie en matière de transmission d'informations. Ces clauses doivent couvrir :

- la fréquence des rapports : périodicité mensuelle ou hebdomadaire, ou bien encore à des étapes clés du projet pour assurer une communication régulière et prévisible ;
- les canaux de communication : qu'ils s'agissent de canaux traditionnels (courrier simple, lettre courrier recommandé, compte rendu de réunion,...) ou plus contemporains (par mail, par des plateformes numériques dédiées, voire parfois *via* des applications de chat instantané,...). Il conviendra de souligner au demeurant de saluer l'usage des plateformes numériques dédiées qui, de plus en plus mises en œuvre sur des opérations d'envergure, ont considérablement renforcé la transmission des informations entre les intervenants ;
- les responsabilités spécifiques de chaque partie : il s'agira ici de clarifier les rôles et responsabilités de chaque partie (par exemple, *via* un chemin de croix) ;
- les délais impartis : des délais contraignants pour la transmission d'informations importantes permettant de maintenir le rythme du projet et d'éviter les retards inutiles doivent être intégrés, étant

24. *Keates v The Earl of Cadogan* (1851) 10 CB 591.

25. *Martel Building Ltd c/ Canada*, [2000] 2 R.C.S. 860.

entendu que les concepts tels que « *rappports réguliers* », « *délais raisonnables* » ou encore « *informations critiques* » doivent être soigneusement définis.

Au-delà de la simple définition des modalités, l'introduction de sanctions contractuelles en cas de non-respect des obligations de communication renforce l'engagement des parties. Ces sanctions peuvent prendre la forme de pénalités financières, de responsabilités accrues, voire de résiliation du contrat en cas de répétition des manquements. Elles incitent les parties à accorder une attention particulière à la communication, soulignant ainsi son importance dans la réussite globale du contrat.

Si à l'évidence il convient de se garder de tomber dans l'excès procédurier au risque de rendre l'information inexploitable sous l'effet

de sa masse, ou de conduire les parties à se trouver submergées sous des tâches administratives qui les paralyseraient, le tout au détriment des objectifs recherchés, la précision contractuelle émerge en somme comme un rempart essentiel pour surmonter les défis de communication. Elle transforme les principes légaux abstraits en mécanismes opérationnels concrets, créant un cadre dans lequel les parties peuvent opérer en toute confiance et compréhension mutuelle. En investissant dans une rédaction contractuelle précise, le pouvoir adjudicateur jette les bases d'une communication réussie et contribue ainsi à la réalisation fructueuse des projets publics. ■

2393 L'information dans les contrôles externes de la commande publique : approche théorique

Étienne MULLER,

professeur à l'université de Strasbourg,
faculté de droit – IRCM (UR 3399)

Condition nécessaire à l'exercice des contrôles externes, l'information en est aussi l'un des moyens, dont la dynamique repose sur des incitations réputationnelles. Sans être étranger aux formes traditionnelles de contrôle, comme celui exercé par les chambres régionales des comptes, le contrôle par l'information trouve son expression la plus aboutie dans la « *régulation par la donnée* » permise par l'émergence de la *big data*. Toutefois, même si le rôle joué par l'Autorité des transports en matière de contrôle des marchés des concessionnaires d'autoroutes en est une bonne illustration, ce modèle paraît difficilement extensible à l'ensemble de la commande publique. Mais le développement de l'open data dans la commande publique permet aussi d'envisager une montée en puissance des contrôles exercés par la société civile.

I - Les contrats de la commande publique n'échappent évidemment pas à cet aspect tout à fait évident et nécessaire de l'activité administrative qu'est le contrôle.

Quand on évoque, plus précisément, les « *contrôles externes* », on songe habituellement aux contrôles *extérieurs* à l'Administration, c'est-à-dire, essentiellement, le contrôle politique et le contrôle juridictionnel.

Toutefois, plusieurs considérations conduisent à retenir ici une délimitation du champ des contrôles externes sur les contrats de la commande publique à la fois plus étroite et plus large¹. D'une part, cette délimitation est plus étroite en ce qu'elle exclut le rôle du juge du

contrat. Même si celui-ci peut être saisi par un tiers, et même si ce tiers peut être le représentant de l'État agissant dans le cadre du *contrôle de légalité* en bénéficiant d'un intérêt à agir étendu et d'une plénitude de moyens invocables², l'office contemporain du juge du contrat, par l'importance qu'il donne à la stabilité des relations contractuelles, qu'il s'agit de préserver autant que faire se peut en permettant qu'il soit remédié aux irrégularités constatées, s'écarte sensiblement de l'acception communément admise du terme de contrôle, à savoir des

présent numéro l'objet de la contribution de M. Christophe Merienne, que nous remercions pour les échanges qui ont éclairé notre réflexion.

1. Le rôle spécifique du maître d'œuvre, qui paraît occuper une place intermédiaire entre le contrôle interne et le contrôle externe, fait dans le cadre du

2. CE, ass., 4 avr. 2014, Dpt de Tarn-et-Garonne : RFDA 2014, p. 425, concl. B. Dacosta ; JCP A 2014, 2152, note J.-F. Sestier ; RFDA 2014, p. 438, note P. Delvolvé ; RDP 2014, p. 1175, note L. Janicot et J.-F. Lafaix.

opérations de vérifications qui visent à déterminer objectivement si la chose qui en fait l'objet se conforme à certaines conditions³. D'autre part, le champ des contrôles externes paraît devoir être élargi afin de prendre en compte ce que d'aucuns considèrent comme des contrôles « semi-externes »⁴, c'est-à-dire effectués par des autorités qui relèvent de l'Administration mais jouissent d'une véritable autonomie par rapport aux autorités contrôlées. Cette situation peut d'abord se produire lorsqu'une autorité de l'État exerce un contrôle au titre de la *tutelle* sur une autre personne publique ; si la présente étude n'abordera que le contrôle de légalité exercé par les préfets sur les actes des collectivités territoriales, on pourrait aussi envisager les contrôles effectués sur les établissements et entreprises publics par la collectivité publique dont ils dépendent⁵. Méritent également d'être qualifiés d'*externes* les contrôles qui sont effectués par les autorités qui jouissent de garanties spécifiques d'indépendance, à l'instar des autorités publiques indépendantes et des autorités administratives indépendantes. À la différence d'autres pays, le législateur français n'a pas institué d'autorité administrative indépendante spécifiquement compétente en matière de commande publique ; mais on verra que certaines autorités de régulation sectorielles jouent un rôle particulier en la matière.

Au total, force est de reconnaître que le champ des contrôles externes en matière de commande publique recouvre un ensemble particulièrement étendu et protéiforme : contrôle préfectoral de la légalité et autres contrôles de tutelle ; contrôles des chambres régionales des comptes ; contrôles par les inspections générales⁶ ; contrôles par les autorités administratives indépendantes ; contrôles de la Commission européenne ; contrôles parlementaires (on songe notamment à la mission d'information sénatoriale sur les contrats de partenariat⁷ ou à la commission d'enquête sur l'influence croissante des cabinets de conseil privés sur les politiques publiques⁸) mais aussi – pourquoi pas ? – contrôles par des acteurs de la société civile (chercheurs, associations ou ONG)...

Bien entendu, l'information joue un rôle important dans tous ces contrôles dans la mesure où tout contrôle suppose d'acquiescer la connaissance la plus exacte possible des faits (en l'occurrence le contrat, son contenu, la manière dont il est conclu, exécuté, éventuellement modifié, etc.) dont il s'agit d'apprécier s'ils sont conformes à certaines exigences établies *a priori*, qui peuvent concerner leur régularité juridique mais aussi, plus largement, leur efficacité économique ou le bon accomplissement d'objectifs de politiques publiques (par exemple de développement durable). Mais il est plus intéressant encore de souligner que l'information est certainement aujourd'hui le paramètre de ces contrôles qui a le plus évolué, à un point tel que les modalités de ces contrôles et, au-delà, l'économie générale du cadre institutionnel dans lequel ils s'insèrent, pourraient s'en trouver considérablement modifiées.

L'anglicisme « *big data* » s'est imposé pour désigner le triple phénomène de massification des informations, d'accélération de leur circulation et de facilitation de leur traitement permis par les techno-

logies de l'information et de la communication⁹. Ce phénomène ouvre à l'évidence des potentialités nouvelles en termes de contrôle, dont les autorités de régulation économique ont été parmi les premiers à se saisir. Dans une note commune sur « *la régulation par la donnée* » adoptée en 2019, sept autorités indépendantes de régulation ont affirmé leur volonté de s'appuyer sur les données, non seulement pour éclairer leur action, mais aussi pour fournir un « *contre-pouvoir* » aux consommateurs et à leurs différents relais institutionnels, appelés ainsi à devenir des « *acteurs de la régulation à part entière* »¹⁰. Cette doctrine rejoint ce qu'on a appelé dans le contexte anglo-saxon la *sunshine regulation*, ou régulation par « *coup de projecteur* », qui attire l'attention de l'opinion publique sur des données factuelles, dans la conviction que l'*impact réputationnel* va inciter les acteurs à se conformer à des standards de comportement attendus¹¹.

Or, la commande publique n'est pas restée à l'écart du phénomène du « *big data* ». Les ordonnances du 23 juillet 2015 et du 29 janvier 2016¹² ont introduit l'obligation, aujourd'hui codifiée (CCP, art. L. 2196-2 et L. 3131-1), pour les acheteurs et autorités concédantes de « *rendre accessibles sous un format ouvert et librement réutilisable les données essentielles* » des marchés publics et des contrats de concession. Ces données essentielles, qui visent dès l'origine des éléments ayant trait à la fois à la procédure de passation, au contenu du contrat et à son exécution, notamment sa modification éventuelle (CCP, art. R. 2196-1 et R. 3131-1), ont été récemment étendues à de nouveaux aspects, notamment la sous-traitance, les considérations environnementales et sociales, l'innovation, les dépenses d'investissement et tarifs des concessions (CCP, ann. n° 15)¹³. Surtout, il est désormais prévu qu'à compter du 1^{er} janvier 2024, leur publication ne se fera plus uniquement sur les profils acheteur des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices mais sur le portail national des données ouvertes (*data.gouv.fr*). Outre la volonté de permettre un meilleur pilotage de la commande publique et une meilleure connaissance des besoins par les entreprises, le souci d'un meilleur contrôle constitue une motivation prééminente de cette politique *d'open data* : il s'agit non seulement de faciliter le travail des autorités de contrôle, notamment au regard des obligations de suivi de leur bonne application prévues par les directives européennes, mais aussi de constituer « *un mécanisme de lutte contre la corruption* » et plus largement, « *[d'ouvrir] à tout citoyen (...) un droit de regard sur les moyens et les résultats des politiques publiques* »¹⁴.

Il y a donc lieu de se demander en quoi le tournant du *big data* dans la commande publique, qui semble marquer l'institution des données essentielles des contrats, est susceptible de faire évoluer les contrôles externes. En extrapolant un peu, on pourrait même émettre l'hypothèse que, selon une vision qui rappelle le panoptique benta-

3. Trésor de la Langue française informatisé (atilf.fr).

4. B. Plessix, *Droit administratif général* : LexisNexis, 2^e éd., § 1040.

5. Par ex., le contrôle budgétaire et financier exercé par le ministère de tutelle en cas de recours au marché de partenariat par un « acheteur non autorisé » (CCP, art. L. 2211-3).

6. V. par ex. *Inspection générale des finances, Évaluation des partenariats public-privé* : Rapport, déc. 2012.

7. J.-P. Sueur et H. Portelli, sénateurs, *Rapport d'information sur les partenariats public-privé* : Rapp. Sénat n° 733, session extraordinaire de 2013-2014.

8. A. Bazin et É. Assassi, sénateur et sénatrice, *Un phénomène tentaculaire : l'influence croissante des cabinets de conseil sur les politiques publiques* : Rapp. Sénat n° 578, session ordinaire de 2021-2022.

9. V. la définition qu'en donne la CNIL : <www.cnil.fr/fr/definition/big-data> (consulté le 15 nov. 2023).

10. Aut. conc., AMF, Arafér, Arcep, CNIL, CRE, CSA, *Nouvelles modalités de régulation. La régulation par la donnée*, 8 juill. 2019, <www.csa.fr/Informer/Toutes-les-actualites/Actualites/Nouvelles-modalites-de-regulation-la-regulation-par-la-donnee> (consulté le 15 nov. 2023).

11. V. A. Laget-Annamayer, *L'incitation par l'information*, in G. Eckert et J.-P. Kovar (dir.), *La régulation économique et financière face aux défis de l'information* : L'Harmattan, 2018, p. 69 ; Club des Régulateurs, *Le rôle des incitations réputationnelles dans la régulation. Synthèse de séminaire* : université Paris-Dauphine, Chaire Gouvernance et Régulation, 18 oct. 2019.

12. Ord. n° 2015-899, 23 juill. 2015, art. 56, relative aux marchés publics. – Ord. n° 2016-65, 29 janv. 2016, art. 53, relative aux contrats de concession.

13. A. n° ECOM2235715A, 22 déc. 2022, art. 1^{er}, relatif aux données essentielles des marchés publics. – A. n° ECOM2235716A, 22 déc. 2022, art. 1^{er}, relatif aux données essentielles des contrats de concession.

14. DAJ, *La publication des données essentielles de la commande publique* : Fiche technique, juill. 2023, p. 3. – V. aussi, Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux* : Étude annuelle 2014, p. 66-67.

mien, l'observabilité constante des pratiques des acteurs et plus encore, la conscience des acteurs que leurs pratiques sont aisément observables, suffisent bientôt à les inciter à une gestion probe et efficace, relativisant par là même l'utilité de bon nombre de contraintes procédurales.

Sans doute cette hypothèse est-elle très prospective, pour ne pas dire un peu naïve. Mais elle permet, à tout le moins, d'éclairer les limites des contrôles externes les plus traditionnels et les conditions dans lesquelles l'information peut permettre de renouveler ces contrôles.

1. Les limites des contrôles externes traditionnels

2 - Parmi les contrôles externes les plus traditionnels, les deux plus importants semblent être le contrôle préfectoral de la légalité et le contrôle de gestion exercé par les chambres régionales des comptes. Or, le premier paraît aujourd'hui complètement submergé, tandis que le second semble beaucoup plus efficace, mais empreint d'une certaine ambiguïté.

A. - La submersion du contrôle préfectoral de la légalité

3 - Le contrôle préfectoral de la légalité a vocation à s'exercer, d'une part, sur toutes les délibérations des collectivités territoriales, dont celles qui autorisent la conclusion de contrats (CGCT, art. L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2) (le projet de contrat devant alors être annexé à la délibération), d'autre part et plus spécifiquement sur certains contrats, dont les concessions et les marchés les plus importants¹⁵, qui doivent être transmis après leur signature accompagnés d'un certain nombre de pièces (notamment le règlement de la consultation, le PV et le rapport de la commission d'appel d'offres) (CGCT, art. R. 2131-5, R. 3132-2 et R. 4142-2); en outre, doivent être également transmis au préfet les avenants à ces contrats (CGCT, art. R. 2131-6, R. 3132-2 et R. 4142-2)¹⁶.

Depuis une circulaire du 10 septembre 2010, la commande publique constitue (avec la fonction publique territoriale et l'urbanisme) l'un des domaines prioritaires du contrôle de légalité préfectoral¹⁷.

Mais en pratique, il est de notoriété publique que ce contrôle est complètement submergé par la masse des actes transmis, alors même que les préfetures disposent de moins en moins de personnels compétents pour l'effectuer. Ce constat général est invariablement mis en relief par les rapports triennaux successifs du Gouvernement au Parlement sur le contrôle de légalité préfectoral. Le dernier de ces rapports à avoir été rendu public, qui couvre la période 2013-2015, fait ainsi état de ce que seuls 20 % du total des actes transmis sont effectivement contrôlés et que plus de 10 % des actes prioritaires ne le sont

pas¹⁸. Moins de 2 % des actes effectivement contrôlés font l'objet d'une lettre d'observation du préfet, préalable à un éventuel déferé préfectoral, exercé dans 0,06 % des cas (et en général couronné de succès)¹⁹.

Face à ce constat, l'avènement du *big data* est susceptible d'apporter des solutions dont l'État n'a pourtant pas su se saisir. Dans le rapport qu'elle a consacré en 2022 au contrôle de légalité et au contrôle budgétaire par les préfetures, la Cour des comptes relève ainsi que la dématérialisation de la transmission en 2007-2008 au moyen d'une application baptisée « Actes » ne s'est pas accompagnée, malgré son coût particulièrement élevé, des fonctionnalités nécessaires pour en faire « un véritable outil d'appui au contrôle ». Cette application a même fourni à certaines collectivités l'opportunité de faire obstruction au contrôle en transmettant massivement des documents inutiles et non préalablement nommés. Enfin, on apprend qu'un projet, lancé en 2019 pour permettre la détection des irrégularités formelles par l'intelligence artificielle, lui aussi relativement coûteux, a été abandonné sans qu'aucun algorithme n'ait été testé²⁰.

Mais il est également frappant de voir que la Cour des comptes elle-même ne développe guère de véritable réflexion sur les implications du *big data* pour le contrôle de légalité. Non seulement les données essentielles des marchés et des concessions ne sont à aucun moment évoquées, mais la Cour va jusqu'à affirmer, afin de justifier le maintien du contrôle de légalité préfectoral, que les contrats de la commande publique sont des actes qui ne sont pas rendus publics « eu égard aux exigences de confidentialité »²¹, alors qu'il est constant que les contrats des personnes publiques, de même que l'ensemble des pièces recueillies dans le cadre de leur passation, sont par principe des documents administratifs communicables²².

B. - Les ambiguïtés du contrôle de gestion par les CRC

4 - En second lieu, la commande publique constitue également l'un des champs de prédilection du contrôle des comptes et de la gestion que les chambres régionales des comptes exercent sur les collectivités territoriales et la plupart des organismes publics et privés qui en dépendent (CJF, art. L. 211-3)²³. L'information est une dimension tout à fait importante de ce contrôle.

D'une part, son exercice s'appuie sur des prérogatives étendues en termes d'accès aux informations. Les magistrats et rapporteurs, éventuellement assistés d'experts, procèdent à des investigations sur pièce et sur place (CJF, art. R. 241-2); ils bénéficient d'un « droit de communication » leur permettant, outre l'accès aux « documents, données et traitements qu'ils jugent nécessaires », un « accès direct au système d'information de la collectivité ou de l'organisme, à ses bases de données, à ses applications numériques, à leur architecture et à sa documentation »; la chambre régionale des comptes peut même organiser conventionnellement avec les collectivités et organismes relevant de sa compétence « un accès continu à certains systèmes d'information ou bases de données nécessaires à l'exercice de ses attributions » (CJF, art. R. 241-6).

15. C'est-à-dire l'ensemble des marchés, y compris de travaux, qui atteignent les seuils des procédures formalisées applicables aux marchés de services et de fournitures (soit 221 000 € au 1^{er} janvier 2024) (CGCT, art. D. 2131-5-1).

16. On peut remarquer que ces dispositions réglementaires ne concernent que les marchés publics; mais la jurisprudence semble considérer qu'elles valent mutatis mutandis pour les contrats de concession (V. à propos d'un avenant : CAA Marseille, 15 juill. 2020, n° 18MA05430 et 19MA00049, Cne Aix en Provence et Sté d'économie mixte du pays d'Aix : Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 298).

17. Circ. n° IOCB1006399C, 10 sept. 2010, relative au contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales et de leurs établissements publics en matière de commande publique. – Sur les modalités pratique de ce contrôle et l'appui de la DGFIP, V. aussi, min. Budget, instr. n° 10-028-M0, 22 nov. 2010, relative au contrôle de légalité des actes des collectivités territoriales et de leurs établissements publics en matière de commande publique.

18. Ministère de l'Intérieur, Rapport du Gouvernement au Parlement sur le contrôle a posteriori exercé par le représentant de l'État sur les actes des collectivités territoriales, 23^e rapport (années 2013, 2014, 2015), p. 34.

19. Ibid., p. 38-40.

20. Cour des comptes, Contrôle de légalité et contrôle budgétaire des actes en préfecture (exercices 2015-2021), Observations définitives, 16 sept. 2022, p. 58-66.

21. Ibid., p. 18.

22. DAJ, CADA, La communication des documents administratifs en matière de commande publique : Fiche technique, MAJ 05/02/2015.

23. V. H. Habchi, Commande publique dans les collectivités territoriales : enseignements des rapports d'observation des chambres régionales et territoriales des comptes : Contrats-Marchés publ. 2019, étude 1.

À cela s'est récemment ajoutée la plateforme de signalement lancée par la Cour des comptes en septembre 2022 et administrée par son Parquet général, qui permet aux citoyens de signaler de possibles irrégularités ; celle-ci donne lieu depuis sa mise en place à quelques 100 signalements par mois (contre 100 par an auparavant), la commande publique constituant le troisième sujet concerné (11 %) ²⁴.

D'autre part, l'information est à l'évidence un élément déterminant de la portée de ce contrôle. Le rapport auquel il donne lieu est communiqué à l'assemblée délibérante mais aussi et surtout diffusé sur le site internet de la Cour des comptes, voire sur les réseaux sociaux ²⁵, amplifiant considérablement les échos plus traditionnellement rendus par la presse. Plus qu'une éventuelle saisine du ministère public en cas d'infraction ou de faute grave de gestion, c'est sans doute cette publicité qui fait que les contrôles de gestion des chambres régionales des comptes sont particulièrement redoutés. Ils le sont d'autant plus que leur objet est assez ambigu. La raison en est que le contrôle de la gestion déborde inévitablement sur celui de la légalité. Les magistrats financiers sont conduits, ainsi qu'eux-mêmes le soulignent, à effectuer à la fois des observations dites « *de performance* » qui ont trait à l'efficacité de la gestion publique et des observations dites « *de régularité* » qui portent sur le respect de la légalité ²⁶. Or, le plus souvent, ces deux niveaux d'appréciation tendent largement à se confondre, les juridictions financières pointant parfois avec sévérité certains faits qui s'écartent des standards de comportement attendus en termes de bonne gestion, sans forcément préciser qu'il ne s'agit pas d'illégalités à proprement parler ²⁷. Ceci n'est pas sans poser un problème au regard des répercussions, éventuellement déformées, de telles appréciations. On touche là, semble-t-il, à une limite de la régulation par l'information, qui tient aux biais de sa perception par le public.

C'est une raison parmi d'autres de se montrer prudent vis-à-vis des perspectives nouvelles que l'avènement du *big data* permet d'envisager en matière de contrôles externes des contrats de la commande publique.

2. Les perspectives incertaines de la « régulation par la donnée »

5 - Les perspectives les plus intéressantes, et peut-être les plus prometteuses, sont d'une part, le contrôle par les autorités indépendantes de régulation et d'autre part, le contrôle par des experts issus de la société civile.

A. - L'exemple de l'Autorité de régulation des transports

6 - Les autorités indépendantes de régulation font généralement preuve d'un attrait particulier pour les données, dont elles se servent non seulement pour objectiver leurs contrôles mais encore comme un véritable instrument de ces derniers ²⁸. Certaines d'entre elles ont des rôles spécifiques en matière de commande publique. Si l'on pourrait évoquer aussi la mission donnée à la Commission de régulation de l'énergie de communiquer sur l'état et la disponibilité des offres de

marché ²⁹, qui comprend des recommandations particulières à l'intention des acheteurs publics ³⁰, ou d'autres missions à ce stade encore assez anecdotiques ³¹, l'exemple le plus significatif est le contrôle que l'Autorité de régulation des transports (ART) exerce dans le domaine autoroutier.

L'enjeu de l'information est directement à l'origine des compétences de l'ART en la matière, plus particulièrement en ce qui concerne l'application des règles de la commande publique auxquelles les sociétés concessionnaires sont soumises pour la passation de marchés pour les besoins de la concession (*C. voirie routière, art. L. 122-18*). L'application de ces règles nonobstant la perte de la qualité de pouvoir adjudicateur par les sociétés concessionnaires privatisées vise à prévenir d'éventuels abus de position dominante au profit d'entreprises du même groupe ³². Or, dans un contexte de polémique relative aux montants des péages autoroutiers, l'Autorité de la concurrence a déploré une tendance à la rétention d'informations, notamment sur les marchés de faibles montants dont la connaissance permet de vérifier l'absence de fractionnement des besoins et la bonne computation des seuils ³³, ainsi que de constants échanges d'informations entre les sociétés concessionnaires et les entreprises qui leur sont liées ³⁴. C'est en réponse à ces constats que la loi du 6 août 2015 a investi l'ART de plusieurs compétences en matière de régulation du secteur autoroutier, notamment celles de se prononcer par un avis sur les avenants aux concessions (*C. voirie routière, art. L. 122-8*), d'exercer un contrôle sur leurs marchés, dont elle peut contester la passation par un référé précontractuel ³⁵, ainsi que de donner un avis sur l'attribution des sous-concessions portant sur des installations à caractère commercial ³⁶.

Pour lui permettre de jouer efficacement ce rôle, la loi a doté l'ART d'amples pouvoirs de collecte de données auprès des sociétés concessionnaires, mais aussi de leurs filiales, sociétés mères et holdings (*C. voirie routière, art. L. 122-32*), et même de l'ensemble de leurs cocontractants dans le cadre de leurs opérations de construction et d'aménagement du réseau concédé (*C. voirie routière, art. L. 122-31*), ce qui concerne tout particulièrement les détenteurs privilégiés d'informations que sont les maîtres d'œuvre ³⁷. La loi a plus particulièrement prévu que l'ART puisse décider de mettre en place un système de transmission régulière d'informations, ce qu'elle a fait en 2016 pour

29. L. n° 2019-1147, 8 nov. 2019, art. 64, V, relative à l'énergie et au climat.

30. CRE, *Guide de bonnes pratiques à l'intention des consommateurs professionnels pour leurs achats d'électricité et de gaz*, 2023, p. 18.

31. Par ex. dans sa mission de surveillance des transactions dans le cadre de contrats de vente directe d'électricité (« *power purchase agreements* »), dont certains sont des contrats de la commande publique (*C. énergie, art. L. 131-2, al. 2*), la CRE s'attache en particulier à collecter des données auprès des parties à ces contrats : www.cre.fr/actualites/la-cre-adresse-un-questionnaire-a-destination-des-signataires-de-contrats-de-vente-directe-a-long-terme-d-electricite-d-origine-renouvelable-power (consulté le 20 nov. 2023).

32. *Cons. conc.*, avis n° 05-A-22, 2 déc. 2005, relatif à une demande d'avis de l'Association pour le maintien de la concurrence sur le réseau autoroutier, spéc. § 84 s.

33. *Aut. conc.*, avis n° 14-A-13, 17 sept. 2014, § 235-236.

34. *Ibid.*, § 471 s.

35. *C. voirie routière, art. L. 122-20*, la Cour de cassation ayant précisé que l'ART, eu égard à sa mission de protection de l'ordre public économique, « n'a pas, lorsqu'elle exerce cette action, à établir que le manquement qu'elle dénonce a, directement ou indirectement, lésé les intérêts de l'une des entreprises candidates » (*Cass.*, 15 janv. 2020, n° 18-11.134 : *Contrats-Marchés publ.* 2020, comm. 120, note H. Hoepffner).

36. Celles-ci étant régies pour leur passation, lorsque la société concessionnaire n'a pas la qualité de pouvoir adjudicateur, par des règles spéciales (*C. voirie routière, art. L. 122-24, L. 122-25 et R. 122-40 s.*) et hors du champ du référé précontractuel (*CE*, 30 avr. 2019, n° 426698, *Total Marketing France : Contrats-Marchés publ.* 2019, comm. 244, note J. Diethenoeffer).

37. *V. ci-après la contribution de C. Merienne.*

24. Les deux premiers étant les conflits d'intérêts (19 %) et l'usage des fonds publics (13 %) (*C. comptes, Rapport d'activité 2022*, p. 27).

25. À l'instar de la Cour des comptes elle-même, cinq chambres régionales des comptes communiquent sur X (Twitter).

26. H. Habchi, *préc.*, § 1.

27. Ainsi, le fait qu'une collectivité refuse de se doter de règlements internes ou de guides de bonnes pratiques est-il volontiers considéré comme une irrégularité alors qu'une telle situation, bien que risquée et sans doute peu opportune, n'est pas illégale en soi (*V. par ex. C. comptes, Rapport public annuel, févr. 2018, t. II, p. 72*).

28. *V. supra les notes n° 10 et 11.*

les avenants aux concessions³⁸ et en 2022 pour les marchés et sous-concessions³⁹.

Plus généralement, l'ART manifeste clairement son ambition d'inscrire son action dans la doctrine de la « *régulation par la donnée* » ; il s'agit pour elle d'exploiter les données, au moyen notamment du recrutement de « *data analysts* » dans le double-objectif d'étayer ses propres décisions et de procéder à des incitations réputationnelles des opérateurs⁴⁰. Toutefois, des témoignages de praticiens attestent que la collecte d'informations se heurte à de fortes réticences des acteurs, en particulier de la part des bureaux d'études intervenant comme assistants à la maîtrise d'ouvrage ou maîtres d'œuvre des opérations de travaux. Outre les conflits de loyauté vis-à-vis des sociétés d'autoroutes, juridiquement non opposables à l'ART, ces acteurs soulignent de façon plus convaincante les coûts élevés de la collecte et de la mise en forme des données qui leur sont demandées.

Indépendamment de ces difficultés pratiques, il paraît difficile d'ériger le rôle singulier de l'ART en modèle pour l'ensemble de la commande publique. Outre une certaine redondance avec le rôle d'ores et déjà exercé par les chambres régionales des comptes, la figure du régulateur indépendant doté d'une palette de pouvoirs éventuellement coercitifs paraît difficilement compatible avec les équilibres politiques de la décentralisation. Il s'agit néanmoins d'une bonne illustration des évolutions des contrôles externes grâce à la collecte de données abondantes et aisément exploitables. Ce phénomène pourrait aussi faire émerger de nouvelles formes de contrôle au sein de la société civile.

B. - Potentialités, conditions et limites d'un contrôle par la société civile

7 - Loin de se confondre avec la sphère privée, la société civile est un espace intermédiaire entre celle-ci et le pouvoir politique qui se compose d'une pluralité d'institutions : forums plus ou moins formels, associations, syndicats, organisations professionnelles, organisations non gouvernementales, équipes de recherche et *think tanks*, journaux et revues... Si la tradition légicentriste française a longtemps conduit à en minorer l'importance au profit du Parlement dans le contrôle de l'action administrative, la société civile fait l'objet d'un intérêt croissant depuis plusieurs décennies à la suite des travaux de Jürgen Habermas⁴¹ et plus récemment dans le cadre des conceptions participatives ou délibératives de la démocratie⁴².

Également motivées par des enjeux économiques, les politiques d'ouverture et de diffusion des données publiques (« *open data* ») visent aussi à amplifier et faciliter le contrôle par la société civile. Il en va ainsi, plus particulièrement, de la diffusion des données essentielles des marchés et des concessions, étendue à des aspects de plus en plus nombreux (objet, montant, identité de l'attributaire, avenants, sous-traitance, clauses et critères environnementaux ou sociaux, dépenses d'investissement, tarifs, etc.) et qui devra se faire à compter du 1^{er} janvier 2024 sur le portail national des données ouvertes (*data.gouv.fr*). D'ores et déjà, le ministère de l'Économie a constitué une base de plus de 800 000 marchés et 300 contrats de concession dont les données sont conformes aux prescriptions relatives aux données essentielles⁴³.

Ces données, alimentées également par d'autres bases comme Tenders electronic daily, qui est la version électronique du supplément au Journal officiel de l'Union européenne relatif à la commande publique⁴⁴, ont déjà permis quelques réalisations remarquables. Elles nourrissent des travaux de recherche empirique en microéconomie qui permettent de fonder des recommandations en termes de bonnes pratiques mais aussi de jeter une lumière crue sur certaines pratiques déviantes. On peut citer, par exemple, le travail de Jean Beuve et de Stéphane Saussier mettant en évidence un lien entre l'occurrence de certains types de renégociations contractuelles et le taux de renouvellement du contrat à échéance⁴⁵ ou le programme de recherche sur la détection de la corruption dans la commande publique (DeCoMap) coordonné par Pierre-Henri Morand⁴⁶. Au-delà du monde académique, ces données commencent à intéresser également les ONG. Ainsi, Transparency International a développé avec le soutien de l'Union européenne un outil en ligne impressionnant, qui cartographie de façon très fine plusieurs centaines de milliers de marchés publics et signale par des « *red flags* » ceux qui paraissent suspects d'irrégularité grâce à un algorithme combinant différents facteurs (nombre de soumissionnaires, durée, type de procédures, nombres et types de critères, etc.)⁴⁷.

Cependant, il convient de se garder de toute idéalisation *a priori* d'un potentiel renouvellement des contrôles externes par la société civile grâce à l'*open data*. D'abord parce que, comme le soulignent leurs utilisateurs les plus avertis, ces données ne sont pas – ou à tout le moins pas encore – d'une complétude et d'une fiabilité absolue⁴⁸. Un rapide survol des données essentielles des marchés et concessions déjà disponibles sur *data.gouv.fr* ou sur les profils acheteurs permet de confirmer ce constat : de nombreux pouvoirs adjudicateurs semblent ne publier encore aucune donnée⁴⁹ ; les montants sont parfois absents et souvent incohérents ; les avenants ne sont presque jamais indiqués, ce qui augure mal des nouveaux renseignements censés devenir obligatoires à compter du 1^{er} janvier 2024. Cette obligation, non assortie de sanction, reste tributaire de la bonne volonté des pouvoirs adjudicateurs, d'autant que la collecte et la mise en forme des données ont un coût. Ensuite et plus fondamentalement parce que chacun peut mesurer ce paradoxe qui veut que l'ère de la profusion des données soit aussi celle de la « *post-vérité* ». La massification et l'accessibilité des données ne fabriquent pas, comme par magie, de l'objectivité et les traitements informatiques n'éluent pas, en dernière instance, l'indépassable subjectivité de l'interprétation par l'esprit humain. L'inextinguible controverse sur les péages autoroutiers – pour s'en tenir au domaine de la commande publique – le montre.

Ces limites permettent de comprendre que les perspectives nouvelles qu'ouvre l'avènement du *big* et de l'*open data* en termes de contrôles externes de la commande publique sont fortement dépendantes d'un cadre institutionnel qui permette non seulement de garantir la fiabilité des données, mais aussi et surtout d'accompagner leur réception par le public. ■

38. ARAF, *déc.* n° 2016-100, 15 juin 2016.

39. ART, *déc.* n° 2022-018, 10 mars 2022.

40. N. Wagner, *Les enjeux de la sunshine regulation, ses modalités et ses effets*, in *Club des régulateurs, préc.*, p. 6-7.

41. J. Habermas, *L'espace public* : Payot-Seuil, 1992.

42. P. Rosanvallon, *La contre-démocratie. La politique à l'âge de la défiance* : Seuil, 2006. – L. Blondiaux et B. Manin, *Le tournant délibératif de la démocratie* : Les presses de Science Po, 2021.

43. <<https://data.economie.gouv.fr/pages/donnees-essentielles-de-la-commande-publique/>> (consulté le 20 nov. 2023).

44. <<https://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>> (consulté le 20 nov. 2023).

45. J. Beuve et S. Saussier, *Renegotiations and Renewal of Public Contracts* : *Review of Industrial Organization* (2021) 59 :461-482.

46. <<https://anr.fr/Projet-ANR-19-CE38-0004>> (consulté le 20 nov. 2023).

47. <<http://redflags.integritywatch.eu/>> (consulté le 20 nov. 2023).

48. P.-H. Morand, *Où va l'argent public ?*, Éd. universitaires d'Avignon, 2022 et en ligne : <https://hal.science/hal-03796412> (consulté le 12 déc. 2023), p. 101 s.

49. *Il est encore difficile à ce stade de se faire une idée fiable du nombre de pouvoirs adjudicateurs. « récalcitrants » dans la mesure où toutes les données ne sont pas encore consolidées sur data.gouv.fr.*

2394 Focus sur un contrôle externe ambivalent : le rôle des maîtres d'œuvre

Christophe MERIENNE,
délégué aux affaires juridiques
de droit public EGIS,
président de la Commission juridique
de SYNTEC INGÉNIERIE



Alors que le maître d'œuvre (MOE) était reconnu comme l'interlocuteur unique de l'opérateur chargé des travaux, son action est de plus en plus encadrée avec l'applicabilité du CCAG Travaux dans ses dispositions relatives au rôle du MOE depuis le CCAG Moe de 2021 qui opère notamment une dépossession de ses pouvoirs de délivrer des Ordres de service (OS). En effet, désormais l'émission des OS par le MOE ayant une incidence sur les délais et les coûts sont subordonnés à un accord préalable du maître de l'ouvrage (MOA). Dans ce contexte, et puisque le processus de délivrance des OS fait intervenir davantage d'intervenants, la recherche de responsabilité risque de s'en trouver modifiée et des risques juridiques nouveaux apparaissent.

1 - À partir d'une définition du rôle du maître d'œuvre (MOE), on se posera la question : qu'en est-il d'un contrôle externe sur la réalisation des travaux par le MOE ?

On verra que celui-ci pilote et met en œuvre les marchés de travaux plus qu'il ne les contrôle même si les textes lui assignent un rôle de gardien du contrat de travaux.

On développera la notion d'Ordre de service (OS) qui est l'outil fondamental du pilotage par le MOE du chantier. Cet OS retiendra particulièrement notre attention pour nous interroger sur une contradiction apparente : comment peut-on à la fois diriger l'exécution du contrat de travaux et contrôler les travaux ?

2021 constitue une année pivot avec l'entrée en vigueur d'un nouveau CCAG Travaux (CCAG T) et la naissance d'un sixième CCAG : le CCAG MOE.

1. Le pouvoir du Moe dans le contrôle d'exécution des marchés de travaux

A. - Définition du MOE

2 - Mission marquée par l'histoire où, avant la loi MOP du 12 juillet 1985, les missions du MOE et MOA n'étaient pas véritablement dissociées, force est de constater l'abondance des textes encadrant le rôle du MOE.

Certains textes ne lui étaient pas directement applicables jusqu'à peu alors qu'ils comportaient des dispositions le concernant directement : le CCAG Travaux.

1° Dans le Code de la commande publique

3 - Le MOE est véritablement un tiers à la fois au regard du maître d'ouvrage et des entreprises de travaux, sauf en marché global où l'équipe de Moe est associée à l'Entreprise de travaux¹.

L'exécution d'un marché de travaux met donc en relation l'Entreprise de travaux et le MOA, celui-ci étant en principe absent du chantier. Le MOE est souvent désigné par le marché de travaux comme étant le seul interlocuteur technique des entreprises.

Le MOE est donc placé entre les deux cocontractants dont il s'efforce de concilier les intérêts pas toujours convergents et parfois conflictuels. Le MOE est porteur des intérêts à long terme du MOA qu'il conseille et assiste.

Le MOE n'a de lien contractuel qu'avec le MOA. Toutefois il est à noter qu'il peut voir sa responsabilité directement recherchée par une entreprise de travaux pour manquement aux stipulations de son contrat avec le MOA sur fondement de la responsabilité quasi-délictuelle².

La mission de DET (direction de l'exécution des contrats de travaux) met bien en présence le MOE et l'entreprise alors qu'il n'existe aucun contrat entre eux.

Le contenu de la mission DET intégré au CCP est ainsi défini :

Article R. 2431-16

1. CCP, art. L. 2431-1, al. 2 : « La mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle confiée aux opérateurs économiques chargés des travaux, sous réserve des dispositions relatives aux marchés globaux du chapitre I^{er} du titre VII du livre I^{er}. »
2. CE, 11 oct. 2021, n° 438872, Sté coopérative métropolitaine d'entreprise générale.

La direction de l'exécution des marchés publics de travaux a pour objet :

1° De s'assurer que les documents d'exécution ainsi que les ouvrages en cours de réalisation respectent les dispositions des études effectuées ;

2° De s'assurer que les documents qui doivent être produits par les opérateurs économiques chargés des travaux, ainsi que l'exécution des travaux sont conformes aux clauses de leur marché public ; (...).

- les MOE élaborent les marchés au titre de la mission Assistance à la passation des contrats de travaux – ACT ;

3° De délivrer tous ordres de service, d'établir tous procès-verbaux nécessaires à l'exécution du marché public de travaux, de procéder aux constats contradictoires et d'organiser et de diriger les réunions de chantier ; (...).

- les OS à valeur exécutoire illustre le rôle opérationnel des MOE ;

« 4° De vérifier les projets de décomptes mensuels ou les demandes d'avances présentés par les opérateurs économiques chargés des travaux, d'établir les états d'acomptes, de vérifier le projet de décompte final et d'établir le décompte général ;

5° D'assister le maître d'ouvrage en cas de différend sur le règlement ou l'exécution des travaux ». Cette tâche constitue une part importante de l'activité du MOE qui mobilise des ressources dans l'instruction des observations aux OS et la réponse aux nombreux courriers adressés au MOE.

Il ressort des 2 premiers points qu'il est attendu du MOE qu'il exerce un contrôle pour le compte du MOA des productions émanant des opérateurs de travaux.

2° Dans le CCAG Travaux

4 - À partir de la définition du rôle du MOE dans le CCAG Travaux, qu'en est-il d'un contrôle externe réalisé par le MOE ?

Pour rappel, la définition MOE au CCAG T 2021 est donnée en son article 2 : « le " maître d'œuvre " est l'opérateur économique, titulaire du marché de maîtrise d'œuvre conclu avec le maître d'ouvrage. Il correspond à la ou les personnes physiques ou morales, publiques ou privées, qui, en raison de leur compétence technique, sont chargées seule ou en groupement d'opérateurs économiques par le maître d'ouvrage ou son mandataire d'une mission globale visant à apporter une réponse architecturale, technique et économique au programme élaboré par ce dernier pour la réalisation d'une opération objet du marché, et notamment de diriger l'exécution des marchés de travaux, de lui proposer leur règlement ou de l'assister lors des opérations de réception des travaux ainsi que pendant la période de garantie de parfait achèvement. En cas de groupement d'opérateurs économiques, le " maître d'œuvre " désigne le groupement, représenté par son mandataire ; »

Ce qui est très important et n'est pas dit ici très directement, c'est l'existence d'un devoir de conseil du MOE au profit du MOA.

B. - La qualification juridique du MOE

1° Les textes généraux et la jurisprudence

5 - Le MOE est réputé juridiquement constructeur comme l'opérateur chargé des travaux – (V. C. civ., art. 1792-1). Il est titulaire d'un contrat de louage d'ouvrage et n'est pas un mandataire du MOA.

Ainsi, lorsqu'un marché ne fixe pas de seuil de crue de la rivière en dessous duquel les entreprises ne pourraient pas demander une indemnité et que ces dernières se mettent d'accord avec le MOE par un échange de courrier sur la détermination du seuil de crue de la rivière, le Conseil d'État a jugé que le MOE n'avait pas reçu mandat pour procéder à une modification du contrat de travaux sans l'accord du MOA et que par suite le contenu de cet accord était inopposable au MOA³.

3. CE, 2 nov. 1982, n° 222627, SA coopérative ouvrière de production « L'hirondelle ».

Le MOE n'est pas signataire du marché de travaux et n'a pas à lui seul le pouvoir de le modifier.

L'entreprise de travaux ne doit pas se contenter d'un accord du MOE noté dans des comptes rendus, sur des propositions de modifications des conditions techniques et financières d'exécution des travaux car à défaut de décision du MOA ou d'un avenant, l'accord n'est pas opposable au MOA.

2° Les textes contractuels

6 - Le MOA donne ponctuellement mandat à son Moe pour prendre certaines décisions, qui engagent donc le MOA. Dans un marché à prix unitaires, le visa du MOE sur les plans d'exécution de l'Entreprise engage le MOA sur les quantités à mettre en œuvre, de même la constatation par le MOE des quantités mises en œuvre oblige le MOA à payer au titre de celles-ci.

Ces exemples, issus d'articles du CCAG Travaux, interrogent sur une répartition des rôles entre MOA/MOE et entreprises. Plusieurs stipulations du CCAG Travaux abordent cette question de répartition des rôles :

- art. 30 : « modifications apportées aux stipulations contractuelles. » ;

- art. 13 : « modalités de fixation des prix des prestations supplémentaires ou modificatives. » ;

- art. 18.2 : « prolongation des délais »⁴.

Le MOE dispose d'une véritable autonomie sans être décideur. Il se doit de respecter les prérogatives du MOA sans empiéter.

Quelles sont les Informations ou des actes de l'Entreprise qui déclenchent des actions du Moe et lesquelles ? Peut-on estimer alors que le MOE exerce une mission de contrôle ?

On peut donner ici quelques exemples :

Ainsi en va-t-il de la vérification des demandes de paiement – article 12 :

- 12.1.8. « Le projet de décompte mensuel établi par le titulaire constitue la demande de paiement. Cette demande est datée et mentionne les références du marché.

Le titulaire envoie cette demande de paiement mensuelle au maître d'œuvre par tout moyen permettant de donner une date certaine. »

- 12.1.9. « Le maître d'œuvre accepte ou rectifie le projet de décompte mensuel établi par le titulaire. Le projet accepté ou rectifié devient alors le décompte mensuel. »

L'article 13 sur les « Modalités de fixation des prix des prestations supplémentaires ou modificatives » en fournit un autre exemple : l'OS engage le MOA même si ce dernier ne l'a pas signé.

On peut donner un autre exemple : la non-conformité suspectée en cours de marché visée à l'article 39 sur « les vices de construction : 39.1. Lorsque le maître d'œuvre présume qu'il existe un vice de construction dans un ouvrage, il peut, jusqu'à l'expiration du délai de garantie et après avoir recueilli l'accord du maître d'ouvrage, prescrire par ordre de service les mesures de nature à permettre de déceler ce vice. Ces mesures peuvent comprendre, le cas échéant, la démolition partielle ou totale de l'ouvrage. »

4. Extraits du CCAG T de 2021 :13-4 « Ces prix provisoires, permettant une juste rémunération du titulaire, sont arrêtés par le maître d'œuvre avec l'accord du maître d'ouvrage, après consultation du titulaire. Ils sont obligatoirement assortis d'un sous-détail, s'il s'agit de prix unitaires, ou d'une décomposition, s'il s'agit de prix forfaitaires, cette décomposition ne comprenant aucun prix d'unité nouveau dans le cas d'un prix forfaitaire pour lequel les changements présents ne portent que sur les quantités de natures d'ouvrage ou d'éléments d'ouvrage. »13-5 : « Lorsque le maître d'ouvrage et le titulaire sont d'accord pour arrêter les prix définitifs, ceux-ci font l'objet d'un avenant, sauf si les prix sont devenus définitifs dans le silence du titulaire en application de l'alinéa précédent. » 18-2 : « L'importance de la prolongation ou du report est décidée par le maître d'ouvrage, sur proposition du maître d'œuvre, après consultation du titulaire. Un ordre de service notifie au titulaire la durée de la prolongation ».

Avec l'article 41-1 et les opérations d'assistance aux opérations de réception (AOR) déclenchées par un courrier des entreprises, le MOE est chargé de conseiller le maître de l'ouvrage lors des opérations préalables à la réception (OPR) et quant à la décision à prendre. C'est un point fondamental en termes de responsabilités pour le MOE.

Il intervient également pour contrôler le projet de décompte final et établir les décomptes généraux (DG) des entreprises de travaux puisqu'en vertu de l'article 12.4.1, « *Le maître d'œuvre établit le projet de décompte général* » et émet un avis sur le mémoire en réclamation (art. 55.1.2 : « *Après avis du maître d'œuvre, le maître d'ouvrage notifie au titulaire sa décision motivée dans un délai de trente jours à compter de la date de réception du mémoire en réclamation* »).

3° L'inapplication du CCAG Travaux au Moe (antérieurement à l'adoption du CCAG T 2021)

7 - Alors que les CCAG Travaux de 1976 et de 2009 mettaient à la charge du Moe des obligations précises, ils n'étaient jusqu'à présent pas applicables au contrat de MOE, le principe selon lequel un marché ne pouvait se référer qu'à un seul CCAG conduisait à ce que le CCAG Prestations intellectuelles 2009 dans les marchés de Moe était celui le plus souvent choisi comme pièce générale, et pas le CCAG Travaux.

L'absence de référence aux articles du CCAG Travaux dans le marché de maîtrise d'œuvre rendait inopposables ces obligations précises (notamment en termes de délais) au MOE. Pour connaître ces obligations, il convenait de se reporter au marché de MOE qui comportait des dispositions ignorées des entreprises, établies par convention interne MOA/MOE.

Au quotidien, le Moe était chargé de faire appliquer le marché de travaux lequel décrivait son rôle mais ce CCAG T ne lui était pas applicable.

Quelques *hiatus* en résultaient : par exemple, le registre de chantier de l'article 28.5 du CCAG Travaux de 2009 mettait à la charge du MOE une obligation de tenir un registre de chantier alors que la notion était ignorée dans la mission DET et dans le marché de Moe. Le CCAG de 2021 a résolu cette contradiction.

2. L'état du droit en vigueur depuis 2021

A. - Les avancées/clarifications du CCAG Travaux 2021

1° Définition nouvelle de l'OS :

8 -

● le CCAG MOE précise dans son article 4.1 relatif à l'ordre de priorité des pièces contractuelles qui sont applicables au MOE : « *les clauses du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux (CCAG Travaux) précisant le rôle du maître d'œuvre dans le cadre de l'exécution des marchés de travaux* » ;

Le MOA est mieux associé au mécanisme des ordres de service à l'article 3.8.1 du CCAG Travaux (V. *infra*).

● L'article 2 du CCAG Travaux définit l'« *ordre de service* » comme « *la décision du maître d'œuvre ou du maître d'ouvrage qui précise les modalités d'exécution de tout ou partie des prestations qui constituent l'objet du marché* ».

La définition de l'OS reconduit en partie les termes du texte antérieur (« *précise les modalités d'exécution* ») tout en ajoutant la possibilité d'un OS du maître d'ouvrage. Or, les pouvoirs du MOA et du MOE ne sont pas du tout les mêmes. Le MOA a le pouvoir de modification unilatérale du marché, il ne fait donc pas que préciser les modalités d'exécution, alors que le MOE précise les conditions d'exécution. Le CCAG Travaux ajoute :

3.8.1. *Les OS émis par le maître d'œuvre entraînant une modification des conditions d'exécution du marché, notamment en termes de délai d'exécution, de durée et de montants, font l'objet d'une validation préalable par le maître d'ouvrage. La justification de la*

validation est jointe à l'ordre de service notifié par le maître d'œuvre. À défaut, le titulaire n'est pas tenu de l'exécuter.

Il s'agit donc d'une liberté surveillée pour le MOE qui doit apporter la preuve de l'accord du MOA.

En conséquence, quatre catégories d'OS coexisteront :

- les OS du MOA seul (anciennement appelés les décisions du MOA) ;
- les OS du MOE validés par le MOA (qui ont en pratique toujours existé en application des CCAP de Moe) ;
- les OS du MOE seul qui notifient (portent à connaissance) des décisions du MOA ;
- les OS du MOE seul qui ne nécessitent pas l'accord préalable du MOA, étant sans incidence sur les coûts et les délais du marché de travaux.

On peut considérer que la plupart des OS seront soit émis, soit validés par le MOA dans la mesure où les OS qui sont sans incidence financière ou de délai sont en pratique peu nombreux.

La pratique s'orientera probablement vers une généralisation des OS émis sous condition de l'accord préalable du MOA.

C'est une généralisation-confusion, qui certes protège le MOE désormais couvert par son client, mais qui n'est pas sans inconvénient sur le plan opérationnel.

Désormais, les entreprises de travaux n'engageront pas de prestations supplémentaires sans l'accord du « *payeur* » : le MOA.

2° Renforcement de la place tenue par le MOA

9 - Ces textes renforcent la place tenue par le MOA dans l'opération, dans la lignée de jurisprudences. Ainsi, la C.A.A. Douai, dans un arrêt du 15 novembre 2007, Société Olivier, juge que « *Les stipulations de l'article 2.51 du cahier des clauses administratives générales, lesquelles prévoient que les ordres de service doivent être datés, numérotés et signés par le maître d'œuvre, n'ont pas pour objet de priver le maître de l'ouvrage du pouvoir de direction et de contrôle de l'exécution du marché qui est le sien* » d'autres décisions citent « *l'exercice de son pouvoir de contrôle et de direction du marché de nature à engager sa responsabilité* ».

Dans certains cas, la responsabilité du MOA peut être engagée. Les fautes susceptibles d'être reprochées à la personne publique peuvent notamment trouver leur origine « *dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre, en particulier dans le cas où plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux publics* »⁵.

Le MOA est de mieux en mieux informé (CCAG T) : il est destinataire des observations aux ordres de service (V. 3.8.2), des demandes de constats contradictoires (V. 11.3) ; en cas de demande de constat émanant du titulaire, elle est adressée concomitamment au maître d'œuvre et au maître d'ouvrage (V. 11.4), il en va de même du refus de signer ce constat ou de le signer qu'avec réserves ; dans le cas de pertes et avaries (V. 17), le titulaire doit signaler immédiatement les faits par écrit au maître d'ouvrage, tout comme pour la Découverte de matériaux pollués ou polluants (V. 32), découverte d'ouvrages souterrains, enterrés, subaquatiques ou aériens, non repérés par le piquetage spécial (V. 27.3.3).

Ces textes rappellent le rôle de conduite d'opération dévolu au MOA sur l'émission des OS. Le MOA assume les responsabilités de pilotage de l'opération.

B. - Les dispositions porteuses de risques

1° Demande d'accord sur quasiment tous les OS

10 - La demande d'accord du MOA sur quasiment tous les OS change la donne par rapport à la situation antérieure où les OS éma-

5. CE, 12 nov. 2015, n° 384716, Sté Tonin.

naient du seul MOE sauf si le marché de MOE prévoyait déjà un accord préalable du MOA à l'émission des OS ayant une incidence financière, ce qui était souvent le cas il est vrai.

Même avant le CCAG 2021, le MOA autorisait le MOE à délivrer les OS. Le MOE engageait donc bien la responsabilité du MOA qui lui donnait mandat d'émettre les OS sous sa seule signature.

Un dispositif par lequel le MOE sollicitait l'accord du MOA sur les travaux modificatifs était décrit dans le marché de MOE, lequel instituait une catégorisation en fonction des conséquences de ces travaux sur la rémunération du MOE. Des fiches dites FDM ou Fiches de modifications de programme étaient soumises à l'approbation du MOA. Un retour favorable du MOA conditionnait la délivrance de l'OS.

Plusieurs remarques sur les conséquences potentielles du nouveau CCAG Travaux peuvent être faites :

- il y a nécessité de cadrer le processus de dialogue entre MOE et MOA sur les prix provisoires de l'article 13.4 en fixant un délai maximal d'instruction par l'acheteur de la proposition de Prix Nouveaux de son MOE ;

- quid des petits chantiers des projets sans Maîtrise d'ouvrage structurée ?

- il existe un risque de paralysie ou de ralentissement du chantier, étant précisé que l'OS du seul MOE avait l'avantage de la rapidité par rapport à un avenant ou une décision du MOA.

Le Moe est quelque peu dépossédé de ses pouvoirs et de ses attributions. Et le MOA devra se montrer diligent sur les propositions de son MOE.

2° Rôle particulier de conseil du MOE pour l'instruction des demandes de réclamations complémentaires (DRC)

11 - Il existe deux sources en la matière :

- le contrat du MOE découlant de la loi MOP codifiée au CCP et notamment l'article R. 2431-16 du CCP qui prévoit que le maître d'œuvre est tenu « 5° D'assister le maître d'ouvrage en cas de différend sur le règlement ou l'exécution des travaux. » ;

- le CCAG Travaux en son article 55.1.2. qui stipule qu'« Après avis du maître d'œuvre, le maître d'ouvrage notifie au titulaire sa décision motivée dans un délai de trente jours à compter de la date de réception du mémoire en réclamation ».

Il est à noter que la CADA considère que le rapport d'analyse du MOE à destination du MOA des réclamations des opérateurs de travaux est communicable⁶. Or, cette instruction du mémoire de réclamation conservait jusqu'alors un caractère confidentiel. Si le titulaire du marché de travaux a connaissance des conclusions du MOE, il sera naturellement enclin à en faire état devant le tribunal administratif à l'appui de sa demande indemnitaire, du moins si le Moe estime, dans son rapport d'analyse de la réclamation, qu'une partie des demandes de l'entreprise est justifiée.

3° Engagement au respect du coût de réalisation des travaux

12 - En vertu des décrets d'application de la loi MOP aujourd'hui transposés dans le CCP, le MOE est responsabilisé au respect du coût de réalisation des travaux.

Une dérive des coûts en phase exécution est susceptible de diminuer la rémunération du Moe :

- dans une limite maximale de 15 % du montant des éléments post-consultation (DET, VISA, AOR) ;

- à condition de démontrer un manquement du MOE dans sa mission DET ou AOR, ce qui est difficile en pratique à démontrer. Le décret n° 2022-1683 du 28 décembre 2022 pris à l'issue des Assises du bâtiment a modifié l'article R. 2432-4 du CCP en subordonnant l'ap-

plication de la pénalité au constat d'une insuffisance en phase DET ou AOR.

Le risque principal à caractère économique encouru par le MOE n'est pas celui du dépassement du coût de réalisation, c'est l'allongement de la durée de sa mission DET. Si le prix du marché de MOE est en principe forfaitaire, le nouveau droit européen a ouvert de nouvelles possibilités de modifier les marchés dont leur prix en cours d'exécution. Il ne faut pas perdre de vue le droit du MOE à indemnisation en cas d'allongement de la durée de chantier. On pourra se référer utilement à la fiche n° 20 du guide d'utilisation des CCAG de la DAJ pour connaître l'état du droit en la matière et la possibilité d'utiliser les nouvelles dispositions du code en plus des règles jurisprudentielles⁷.

4° Impact de l'arrêt du CE Région Haute Normandie de 2013

13 - Certaines évolutions jurisprudentielles n'ont pas manqué d'impacter les différents acteurs de la construction. Le principe dégagé par l'arrêt du CE, 5 juin 2013, n° 352917, Région Haute Normandie⁸ selon lequel le MOA ne répond que de ses propres fautes et pas de celles de ses cocontractants a suscité un légitime émoi côté MOE.

En effet, l'attitude des MOA consiste de plus en plus souvent à renvoyer les opérateurs de travaux vers les MOE.

Cet arrêt a plusieurs incidences :

- une claire distinction des responsabilités entre MOA et MOE, chacun est responsable de ses actes ;

- un engagement de la responsabilité du MOE par les opérateurs de travaux plus fréquent ;

- une incitation pour le MOE à exercer encore davantage son devoir de conseil à l'égard du MOA au titre d'une traçabilité pour diminuer ses risques.

Il est à relever que les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celles-ci justifient soit que ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat, soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique, mais pas du seul fait de fautes commises par d'autres intervenants. Il en résulte des contentieux potentiellement décevants pour les requérants mais qui génèrent néanmoins des frais pour toutes les parties, demanderesse ou défenderesse, et une augmentation du volume de contentieux.

Ces évolutions du cadre juridique applicable aux missions de contrôle du MOE sur la réalisation des travaux ont des impacts importants pour la profession. Le MOE peut se sentir à juste titre dépossédé d'une partie de ses prérogatives tout en voyant sa responsabilité davantage exposée. Par ailleurs, ces évolutions invitent le MOE à être plus prudent dans l'exercice de son devoir de conseil au MOA et à mettre en place une traçabilité des échanges afin de préserver ses intérêts dans un contexte où si sa rémunération ne représente qu'un faible pourcentage du montant des travaux, sa responsabilité pourra être engagée au regard des montants de travaux sans limitation contractuelle tenant compte de sa rémunération effective. ■

7. *Le Moniteur*, 25 nov. 2021 – CAG MOE : Syntec Ingénierie clame sa colère c/ Bercy, 27 sept. 2022 – CCAG MOE : Bercy ouvre plus grande la porte à une rémunération complémentaire en cas de dérapage du calendrier.

8. *La responsabilité du maître d'ouvrage du fait des autres intervenants*, CE, 5 juin 2013, n° 352917 : « ... Considérant que les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique ; que, dès lors, en jugeant que la responsabilité de la région Haute-Normandie était susceptible d'être engagée du seul fait de fautes commises par les autres intervenants à l'opération de restructuration du lycée, la cour administrative d'appel de Douai a commis une erreur de droit ».

6. *Avis n° 20224050*, 8 sept. 2022. – *Et avis n° 20231875*, 11 mai 2023.