



RÉPARTITION ET TRAITEMENT DES RISQUES DANS LA COMMANDE PUBLIQUE

Sous la direction de :
F. Lichère, F. Melleray et L. Richer

RAPPORT
JUILLET
2024



Sous la direction de :

F. Lichère, F. Melleray et L. Richer

Equipe de recherche :

C. Bernard, A. Lassale, R. Le Moing, A. Meynier Pozzi et F. Yéo

Ce rapport a été rédigé par le directeur et les chercheurs de la Chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin - Lyon 3 et approuvé par le conseil scientifique de la Chaire, grâce au concours de ses partenaires financiers, du collège d'experts de la Chaire, des personnes ayant répondu aux interviews et de celles ayant répondu au questionnaire en ligne.

Son contenu doit être considéré comme propre à ses auteurs et n'engage en aucune manière les partenaires de la Chaire. Toute publication, reproduction ou diffusion à des fins commerciales en est strictement interdite.

Le rapport est également disponible en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr>.

Présentation de la Chaire de droit des contrats publics

L'objet de la Chaire est de mettre en place un réseau associant acheteurs et autorités concédantes, entreprises cocontractantes, institutions publiques intéressées (MINEFI, juridictions administratives) et universitaires spécialistes, dans le but de mieux comprendre les applications des règles juridiques relatives aux contrats publics et de mieux les adapter.

La chaire contribue ainsi à la réflexion et aux débats nécessaires à la mise au point de règles contractuelles, textuelles et jurisprudentielles mieux adaptées aux personnes publiques et aux entreprises, en prenant en compte les différents intérêts en jeu dans un contexte économique et technologique évolutifs (nouvelles technologies de l'information, européanisation, mondialisation, retour du protectionnisme etc.).

Présentation de la Chaire de droit des contrats publics

Digitalisation de la commande publique, 2023

Modification des contrats de la commande publique, 2023

Environnementalisation des marchés publics, 2022

Prévention de la corruption et contrats publics, 2022

Liens entre règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics, 2021

Crise sanitaire et contrats publics, 2021

Chroniques

L'Essentiel du droit de la commande publique dans la Newsletter

Chronique semestrielle de jurisprudence de droit européen comparé des contrats publics, BJCP

Pour suivre les activités de la Chaire en ligne

Site internet
LinkedIn

<https://chairedcp.univ-lyon3.fr>

<https://www.linkedin.com/company/chairedcp/>



□

RÉPARTITION ET TRAITEMENT DES RISQUES

DANS LA COMMANDE PUBLIQUE

□

Sous la direction de :
F. Lichère, F. Melleray et L. Richer

RAPPORT
JUILLET
2024

**SOUS LA DIRECTION DES PR. FRANÇOIS
LICHÈRE, LAURENT RICHER ET FABRICE
MELLERAY**

AVEC LES CONTRIBUTIONS DE CÉDRIC BERNARD
ET FIKAHIN YÉO, CHERCHEURS À LA CHAIRE DE
DROIT DES CONTRATS PUBLICS

* * * * *

Ce rapport a été codirigé par le directeur et deux membres du comité scientifique de la Chaire de droit des contrats publics de l'Université Jean Moulin - Lyon 3.

Ce rapport a été rédigé par les chercheurs de la Chaire et approuvé par le comité scientifique, grâce au concours de ses partenaires financiers, du collège d'experts de la Chaire et des participants aux enquêtes de terrain.

Son contenu doit être considéré comme propre à ses auteurs et n'engage en aucune manière les partenaires de la Chaire.

Toute publication, reproduction ou diffusion à des fins commerciales en est strictement interdite.

* * * * *

Date : Juillet 2024.

L'ensemble des photographies du rapport proviennent de : Adobe Stock, 2024.

REMERCIEMENTS

Le présent rapport est le fruit d'une étude conduite au cours de l'année universitaire 2023-2024 par la Chaire de droit des contrats publics auprès de 25 acteurs du droit des contrats publics lors d'entretiens, et de 117 grâce à des sondages en ligne.

À ce titre, les participants aux 25 entretiens semi-directifs sont vivement remerciés pour leur disponibilité et la richesse des renseignements qu'ils ont pu nous délivrer. Les juristes ayant participé au questionnaire en ligne sont également chaleureusement remerciés, tant ceux qui se sont spontanément proposés que ceux qui ont été sollicités par l'entremise de nos partenaires et correspondants.

Nous remercions en particulier la section « Droit public » de l'Association française des juristes d'entreprise (AFJE) de nous avoir permis d'effectuer un webinaire en mars 2024 sur le sujet du présent rapport et pour sa promotion des sondages en ligne auprès de ses adhérents.

Les partenaires financiers de la Chaire doivent également être remerciés puisqu'ils permettent, notamment, le financement des chercheurs postdoctoraux qui ont réalisé cette étude.

Nous remercions par ailleurs l'IAE Paris et particulièrement le Professeur Stéphane SAUSSIER, ainsi que l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et spécialement la Professeure Héléne HOEPPFNER d'avoir organisé avec nous une réunion présentant l'avancement des recherches pour le présent rapport en mars 2024, et un séminaire de discussion en avril 2024 autour de notre projet de recommandations, ainsi que toutes les personnes y ayant participé.

SOMMAIRE

SYNTHÈSE DU RAPPORT 14

Introduction.....	14
Méthodologie de l'étude.....	15
Enquête qualitative : 25 entretiens	15
Enquête quantitative : 117 participations aux sondages	17
Synthèse générale des résultats	18
Axe n° 1 : Améliorer l'appréhension des risques	18
Axe n° 2 : Développer une démarche coopérative et loyale entre les parties	19
Axe n° 3 : Assurer une cohésion entre la commande publique et le secteur des assurances.....	19
Présentation du plan du rapport.....	20

PARTIE 1 : ÉTAT DU DROIT ET DE LA DOCTRINE 24

INTRODUCTION..... 24

SECTION 1 : L'APPRÉHENSION DU RISQUE DANS LES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE 26

§I. Le risque ou l'aléa prévisible	28
A. Le contrat, acte de prévision	28
B. Le risque, élément structurant de la commande publique	31
1. La typologie des contrats de la commande publique structurée autour du risque d'exploitation	32
2. L'exécution aux frais et risques du titulaire.....	37
§II. L'aléa imprévisible.....	38

SECTION 2 : L'IDENTIFICATION ET L'ÉVALUATION DES RISQUES DANS LES MARCHÉS ET LES CONTRATS DE CONCESSION..... 40

§I. Les risques de forte criticité : risques affectant la survie du contrat et risques pénaux	41
A. Les risques contentieux	41
B. Les risques juridiques.....	45
C. Les risques politiques	49
D. Les risques administratifs	53
E. Les risques pénaux	53
§II. Les risques de criticité modérée : risques affectant l'économie générale du contrat	56
A. Le risque d'exploitation	56
B. Les risques numériques de criticité modérée	58
C. Les risques climatiques.....	60
C. Les risques de criticité mineure : autres risques perturbant l'exécution du contrat	62
SECTION 3 : LA COUVERTURE DES RISQUES DANS LES MARCHÉS ET LES CONTRATS DE CONCESSION	66
§I. La définition des besoins comme moyen d'identification et de prévention des risques.....	66
A. L'obligation pour l'acheteur de définir ses besoins	66
B. La possibilité de recourir à des tiers.....	68
§II. L'exigence de documents attestant des compétences du titulaire pour réduire les risques.....	71
A. Capacité économique et financière	73
B. Capacité technique et professionnelle	74
C. Exceptions génératrices de risques	75
§III. L'assurance comme moyen de garantir certains risques	75
A. Les difficultés assurantielles des autorités contractantes	76
B. Les contraintes juridiques.....	79
§IV. Autres moyens d'anticipation et de prévention des risques	82

A. Les provisions	82
B. La prévention du risque pénal	84
SECTION 4 : LA RÉPARTITION ET LE TRAITEMENT DES RISQUES DANS LES MARCHÉS ET LES CONTRATS DE CONCESSION.....	86
§I. Les outils de répartition des risques.....	86
A. Les matrices des risques.....	86
B. La contractualisation des risques.....	89
1. Clauses de révision de prix.....	89
2. Les clauses de revoyure ou de rendez-vous	91
3. Les clauses de compensation.....	92
§II. Le traitement juridique du risque dans le cadre de l'exécution contractuelle	93
SECTION 5 : L'EXEMPLE ANGLAIS DES CONTRATS COLLABORATIFS	98
PARTIE 2 : SYNTHÈSE DES ENTRETIENS ET DES SONDAGES	108
INTRODUCTION.....	108
SECTION 1 : L'APPROCHE PRATIQUE DE L'IDENTIFICATION, DE L'ÉVALUATION ET DE LA GARANTIE DES RISQUES	115
§I. Le regard des praticiens du droit sur le concept du risque.....	115
A. La définition du risque en droit de la commande publique	115
B. L'évolution des risques dans la pratique de ces dernières années	129
§II. Les méthodes d'identification et d'évaluation des risques.....	135
A. L'identification et la cartographie des risques : une méthodologie reposant principalement sur le retour d'expérience et la coopération des services	135
B. L'évaluation des risques : une méthodologie à la fois objective et subjective ...	152
§III. L'appréhension de la couverture et de la garantie des risques.....	160
SECTION 2 : LA MISE EN ŒUVRE DE LA RÉPARTITION ET DU TRAITEMENT DES RISQUES DANS LES MARCHÉS ET LES CONTRATS DE CONCESSION.....	172
§I. Le contrat comme socle de la répartition des risques	172

A. Entre « partage équilibré » et « transfert » des risques	172
B. Le désintérêt de la pratique pour les matrices des risques au profit des seules clauses contractuelles	184
C. L'expression majoritaire d'un besoin de négocier la répartition des risques.....	190
§II. Les outils privilégiés dans le traitement des risques	195
SECTION 3 : LE CONTENTIEUX ET LE PRÉCONTENTIEUX LIÉS AUX RISQUES	203
§I. Les solutions classiques : recours précontentieux, règlement amiable ou recours juridictionnel	203
§II. Les solutions innovantes : <i>dispute board</i> ou comites de règlement des différends	208
SECTION 4 : LES ATTENTES DES INTERVIEWÉS SUR LA RÉPARTITION ET LE TRAITEMENT DES RISQUES DANS LA COMMANDE PUBLIQUE.....	212
PARTIE 3 : PROPOSITION DE RECOMMANDATIONS	226
INTRODUCTION.....	226
AXE N° 1 : AMÉLIORER L'APPRÉHENSION DES RISQUES DES DIFFÉRENTS ACTEURS DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE.....	239
A. Formation à la culture du risque.....	239
B. Développement du <i>risk management</i> et du <i>contract management</i>	241
AXE N° 2 : DÉVELOPPER UNE DÉMARCHE COOPÉRATIVE ET LOYALE DANS L'IDENTIFICATION, LA RÉPARTITION ET LE TRAITEMENT DES RISQUES	243
A. Publication d'un modèle de matrice des risques et d'un guide sur l'identification et la répartition des risques	244
B. Sécuriser le sourcing pour inciter les autorités contractantes à se faire accompagner dans l'identification et la répartition des risques d'un contrat futur	246
C. Ouverture plus grande à la négociation de la répartition des risques lors de la passation des marchés et des concessions	252
D. Reconnaissance d'un principe de bonne foi et d'un devoir d'information en droit de la commande publique.....	254

E. Encadrement de la jurisprudence <i>Région Haute-Normandie</i> pour les marchés à prix forfaitaire.....	260
F. Sécurisation du risque pénal d'atteinte à la probité	262
AXE N° 3 : ASSURER UNE COHÉSION ENTRE LA COMMANDE PUBLIQUE ET LE SECTEUR DES ASSURANCES ET ACCOMPAGNER LES AUTORITÉS CONTRACTANTES POUR LEURS MARCHÉS D'ASSURANCE.....	266
A. Formation et accompagnement des acheteurs en matière assurantielle	267
B. Promotion du recours à la procédure négociée et insertion de clauses de franchises pour les marchés d'assurance	269
C. Réforme du Code des assurances et du Code de la commande publique.....	273
BIBLIOGRAPHIE.....	280

LISTE DES FIGURES

Figure 0.01	Dates des entretiens
Figure 1.01	Finalité des stratégies de gestion des risques
Figure 2.01	Dates des entretiens
Figure 2.02	Profil des interviewés
Figure 2.03	Profil des interviewés
Figure 2.04	Définition du risque par les interviewés
Figure 2.05	Caractères du risque selon les interviewés et les sondés
Figure 2.06	Tendance de l'évolution des risques ces cinq dernières années selon les interviewés
Figure 2.07	Tendance de l'évolution des risques ces cinq dernières années selon les sondés
Figure 2.08	Méthodes d'identification des risques selon les interviewés et les sondés
Figure 2.09	Principaux risques selon les interviewés
Figure 2.10	Principaux risques selon les sondés en fonction des différentes catégories de contrats
Figure 2.11	Identification des risques par les sondés
Figure 2.12	Appréciation de la criticité des risques par les sondés en fonction des différentes catégories des contrats
Figure 2.13	Motifs d'incompatibilité entre le droit de la commande publique et le secteur assurantiel relevés par les sondés
Figure 2.14	Approche de la répartition des risques selon les interviewés
Figure 2.15	Approche de la répartition des risques selon les sondés
Figure 2.16	Besoin de négociation sur la répartition des risques
Figure 2.17	Outils utilisés pour gérer les risques
Figure 2.18	Pratique de la résolution des différends des interviewés en matière de répartition et de gestion des risques
Figure 2.19	Pratique de la résolution des différends des sondés en matière de répartition et de gestion des risques
Figure 2.20	Motifs de différends liés aux risques selon les sondés
Figure 2.21	Intérêt pour d'autres techniques de résolution des différends en matière de répartition et de gestion des risques
Figure 2.22	Attentes des interviewés en matière de répartition et de gestion des risques
Figure 2.23	Attentes des sondés en matière de répartition et de gestion des risques
Figure 3.01	Tableau synthétique des principaux constats des enquêtes de terrain
Figure 3.02	Présentation des 12 recommandations de la Chaire

SYNTHÈSE
DU RAPPORT

Aperçu général du rapport sur la répartition et le traitement des risques dans la commande publique



SYNTHÈSE DU RAPPORT

Introduction

Focus sur le risque. Pour son septième rapport depuis sa création en 2020, la Chaire de droit des contrats publics porte l'attention de ses travaux sur la répartition et le traitement des risques dans les marchés publics et les contrats de concession.

Entre notamment l'inflation économique, les difficultés d'approvisionnement, la pandémie de Covid-19, la hausse des coûts énergétiques, les évolutions normatives, les contestations citoyennes de projet pour des considérations environnementales et écologiques, nombreux sont les phénomènes récents qui justifient que la Chaire s'intéresse de près au risque. En effet, le risque est consubstantiel au contrat puisqu'il s'agit d'un acte de prévision pour les parties. Le fait que le contrat soit privé ou public ne modifie aucunement ce constat, d'autant que depuis la fin du XXe siècle, et le développement du cyndinisme¹ dans les politiques publiques, le risque est entré dans la pensée même des personnes publiques², en particulier dans leur stratégie contractuelle, même si les coûts cachés liés au risque étaient peu maîtrisés par elles³.

En raison de l'objet d'étude de la Chaire, les contrats publics, l'actualité ne pouvait que commander de porter une attention particulière sur la notion du risque, sa répartition contractuelle et sa gestion opérationnelle dans les marchés publics et les contrats de concession.

¹ Le cyndinisme est science des risques, de leurs probabilités de survenance, de leur évaluation et des stratégies de prévention. Voir : Jean-Marie Pontier, « La puissance publique et la prévention des risques », *AJDA*, 2003, p. 1752.

² Jean-Marie Pontier, « La puissance publique et la prévention des risques », *AJDA*, 2003, p. 1752.

³ Jean-Luc Champy, Noël de Saint-Pulgent, Brigitte Loye Deroubaix et autres, « Quels risques ? Pour qui ? », *Petites affiches*, 2010, n° 171, p. 25

Questionnements. Cette thématique soulève de nombreuses interrogations dont les principales tiennent à la définition même de la notion de risque, aux moyens de prévenir efficacement les risques et de parvenir à un partage équilibré de ceux-ci, ainsi qu'aux limites ou obstacles que peuvent connaître les juristes dans la répartition et la gestion des risques au sein de marchés publics ou de contrat de concession. En outre, la question de l'influence des principes fondamentaux de la commande publique sur la répartition et la gestion des risques se pose afin de déterminer si la mise en concurrence, la transparence et l'égalité de traitement des candidats ont ou non des répercussions en pratique.

Attentes de l'étude. L'objectif de la recherche est de déterminer les principaux risques auxquels sont confrontés en pratique les autorités contractantes et les opérateurs économiques dans leurs relations contractuelles, les modalités de répartition des risques et de leur traitement, ainsi que les éventuelles difficultés rencontrées, notamment pour parvenir à une répartition équilibrée et satisfaisante pour les deux parties.

Méthodologie de l'étude

Enquêtes. Classiquement, les présents travaux de recherche ont mobilisé les mêmes méthodes de sociologie juridique que lors des précédents rapports⁴. Ainsi, après une étude doctrinale, ont été successivement conduites une enquête qualitative puis une enquête quantitative auprès d'acteurs du droit des contrats publics interrogés sur des thématiques similaires.

Enquête qualitative : 25 entretiens

Panel des interviewés. Dans le cadre des recherches menées par la Chaire de droit des contrats publics pour son septième rapport, cette synthèse recense l'ensemble des données relatives au retour d'expérience sur la répartition et le traitement des risques de 9 avocats spécialisés dans le domaine, des services juridiques de 7 autorités contractantes et de

⁴ Pour retrouver l'ensemble des rapports thématiques publiés par la Chaire de droit des contrats publics, consultez la page dédiée du site internet officiel de la Chaire : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapports-thematiques>.

8 opérateurs économiques, ainsi que d'une équipe de juristes et financiers d'un *think tank*, tous interviewés entre janvier et février 2024.

	AC01	AV01	AC02	AV02	AV03	AC03	AV04
Date de l'entretien	10/01	10/01	11/01	12/01	16/01	17/01 23/01	17/01
	OE01	AC04	AV05	OE02	AV06	AC05	AC06
Date de l'entretien	18/01	18/01	19/01	19/01	22/01	22/01	23/01
	AV07	OE03	AV08	TT01	OE04	AC07	OE05
Date de l'entretien	23/01	24/01	24/01	24/01	26/01	05/02	06/02
	OE06	OE07	AV09	OE08			
Date de l'entretien	07/02	07/02	15/02	19/02			

Figure 0.01 : Dates des entretiens⁵

Modalités. Les entretiens ont été menés à l'appui d'un guide d'entretien établi en décembre 2023 par la Chaire en prenant soin que la discussion soit la plus libre possible. Dans le cadre de ces recherches, un unique guide d'entretien a été réalisé afin d'interroger les enquêtés sur leur appréhension théorique et pratique des risques (plus précisément sur la notion de risque, l'identification et l'évaluation des risques), de leur couverture, de leur répartition (afin de déterminer les pratiques contractuelles en la matière et l'équilibre des risques généralement retenu dans les contrats de la commande publique) et de leur traitement lorsque le risque survient, ainsi que sur les attentes juridiques et/ou opérationnelles des professionnels pour améliorer la répartition et le traitement des risques. Celui-ci comprenait par moments des questions spécifiques à la qualité de l'interviewé, selon qu'il s'agissait d'une autorité contractante, d'un opérateur économique ou d'un avocat. Par ailleurs, les questions adressées au *think tank* interrogé se sont inspirées de celles prévues pour les avocats. Cette différence de traitement justifiée par la particularité de la structure participante n'est *a priori* pas de nature à engendrer un quelconque biais susceptible de fausser les résultats de l'enquête qualitative.

L'ensemble des entretiens a été mené par visioconférence privée à l'aide du logiciel Microsoft Teams©.

⁵ AV : Avocat ; AC : Autorité contractante ; OE : Opérateur économique.

Les précautions nécessaires ont été prises afin de garantir l’anonymat des interviewés. Les entretiens n’ont d’ailleurs pas fait l’objet d’enregistrement audio ou vidéo, leur préférant la prise de notes manuscrites.

Enquête quantitative : 117 participations aux sondages

Présentation des sondages. Dans la continuité de l’enquête qualitative, une enquête quantitative a été menée avec trois sondages en ligne respectivement destinés aux autorités contractantes (c’est-à-dire aux acheteurs et aux autorités concédantes), aux opérateurs économiques titulaires de contrats de la commande publique et aux avocats traitant de dossiers en commande publique afin de vérifier auprès d’un panel plus large de participants les résultats obtenus lors des entretiens⁶.

Si 192 personnes ont ouvert un des trois sondages, 117 d’entre elles ont répondu à la majorité des réponses sur le fond de la recherche portant sur leur retour d’expérience en matière de répartition et de traitement des risques dans les contrats de la commande publique⁷.

Modalités. Les sondages étaient accessibles du 20 février au 29 mars 2024 sur la plateforme *LimeSurvey*, et partagés sur la page *LinkedIn* de la Chaire ainsi que par certains partenaires et des organismes tiers⁸. Les sondages étaient construits de manière analogue aux entretiens. Chaque sondage débutait par un état des lieux sur la notion de risque afin de dresser les caractéristiques principales d’un risque, ainsi que de son identification, son évaluation et ses garanties. Les sondages se poursuivaient par le partage des retours d’expérience des participants sur la répartition et le traitement des risques, puis sur leurs expériences contentieuses et précontentieuses liées aux risques. Enfin, les entretiens et sondages se concluaient par des

⁶ Les questions des sondages étaient structurées en 5 parties. La première consistait à déterminer le profil du sondé. La deuxième avait pour objet de recenser les retours d’expériences des participants sur la détermination, l’évaluation et la couverture des risques. Cette partie comportait un premier thème sur la conception de la notion de risque par les sondés, un deuxième thème sur les méthodes d’identification et d’évaluation des risques, et un troisième sur la couverture des risques. La troisième partie du sondage s’intéressait à la mise en œuvre de la répartition et de la gestion des risques dans les contrats de la commande publique. La quatrième partie cherchait à identifier les difficultés rencontrées dans la résolution contentieuse et non-contentieuse des différends liés aux risques. Enfin, la cinquième partie entendait dresser un panorama des attentes juridiques et opérationnelles des sondés quant à la répartition et la gestion des risques.

⁷ Parmi les personnes ayant ouvert un des formulaires d’enquête, 43 n’ont répondu qu’aux questions relatives à leur profil. Puisqu’elles n’ont pas répondu à une seule question de fond, celles-ci ne sont pas comptabilisées dans le panel effectif des sondés composé de 117 personnes.

⁸ La Chaire remercie notamment l’Association française des juristes d’entreprise (AFJE, Section de droit public) pour la promotion de l’enquête quantitative auprès de ses adhérents à l’issue du webinaire sur la digitalisation de la commande publique organisé par elle avec la participation de la Chaire.

propos prospectifs sur les attentes juridiques ou opérationnelles en matière de répartition et de traitement des risques dans les marchés et les contrats de concession.

Synthèse générale des résultats

Principaux constats. Les recherches juridiques et doctrinales, ainsi que les enquêtes qualitatives et quantitatives, menées de janvier à mars 2024, permettent de dresser plusieurs constats, notamment :

- L'utilité de la matrice des risques, du sourçage et des compétences de management du risque (*risk management*) pour pallier les difficultés d'identification et d'évaluation des risques ;
- Les difficultés assurantielles des acheteurs et autorités concédantes résultant d'un décalage entre le droit des assurances et le droit de la commande publique ;
- Le souhait d'accroître la négociation, lorsque les procédures le permettent, pour parvenir à une répartition équilibrée des risques entre les parties ;
- Les difficultés liées à l'indemnisation du titulaire auprès de l'autorité contractante à la suite d'une faute d'un intervenant au cours de l'exécution d'un marché global à prix forfaitaire en raison de la jurisprudence *Région Haute-Normandie* du Conseil d'État.

De l'ensemble de ces constats, la Chaire de droit des contrats publics propose 3 axes de réflexions pour ses recommandations.

Axe n° 1 : Améliorer l'appréhension des risques

Formation. Le premier axe entend améliorer l'appréhension des risques des différents acteurs du droit de la commande publique à travers des formations et le développement de compétence de gestion des risques (*risk management*) et de gestion contractuelle (*contract management*). Il serait pertinent de s'intéresser à accroître la culture du risque dans la commande publique, en ce sens où chaque acteur en présence puisse mieux appréhender la notion de risque dans leur pratique. Dans cet axe, la Chaire propose deux recommandations opérationnelles : une recommandation de formation (**Rec. 1**), et une recommandation de développement du *risk management* et du *contract management* (**Rec. 2**).

Axe n° 2 : Développer une démarche coopérative et loyale entre les parties

Collaboration et loyauté. Le deuxième axe cherche à développer une démarche coopérative et loyale dans l'identification et l'évaluation des risques pour la commande publique, entre autres par le recours à des procédures de sourcing et la collaboration des services et de spécialistes lors de la préparation d'un projet. De plus, cet axe tient à améliorer la répartition et le traitement des risques en insistant, notamment, sur la notion de bonne foi contractuelle, sur les négociations lors de la passation du contrat pour parvenir à un équilibre dans la répartition des risques (notamment à l'appui d'une matrice des risques) et sur la coopération des parties en cours d'exécution.

Précisément, la Chaire propose de publier un guide sur l'identification et la répartition des risques et un modèle de matrice des risques (**Rec. 3**), de promouvoir le sourcing en le sécurisant pour améliorer l'identification et la répartition des risques (**Rec. 4**), d'ouvrir à la négociation la répartition des risques (**Rec. 5**), de reconnaître le principe de bonne foi en droit de la commande publique (**Rec. 6**), d'encadrer la jurisprudence *Région Haute-Normandie* pour les marchés à prix forfaitaire (**Rec. 7**) et sécuriser le risque pénal d'atteinte à la probité (**Rec. 8**).

Axe n° 3 : Assurer une cohésion entre la commande publique et le secteur des assurances

Enfin, le dernier axe souhaite assurer une cohésion entre la commande publique et le secteur des assurances par l'accompagnement des autorités contractantes pour leurs marchés d'assurance via des formations (**Rec. 9**) ou du sourcing (**Rec. 10**) et par l'incitation à recourir à la procédure négociée (quand la situation le permet) en mettant à jour le Guide pratique pour la passation des marchés publics d'assurance des collectivités territoriales de la DAJ, publié en juin 2008, afin de tenir compte des nouvelles procédures négociées instituées par le Code de la commande publique et la directive 2014/24/UE (**Rec. 11**). De plus, cette orientation s'intéresse à la codification des implications de la jurisprudence du Conseil d'État, *Grand port maritime de Marseille* dans le Code de la commande publique et le Code des assurances (**Rec. 12**).

Présentation du plan du rapport

Cadrage théorique. Tout d’abord, le cadre théorique et juridique de la répartition et le traitement des risques dans les marchés publics et les contrats de concession (**Partie 1**) permettra de déterminer les contours de la notion de risque, d’identifier les principaux risques que rencontrent les autorités contractantes et les opérateurs économiques et les moyens de les couvrir ou garantir, ainsi que les outils permettant de répartir et gérer les risques dans les contrats de la commande publique. Une attention particulière sera également portée au droit anglais avec les *collaborative contracts*.

Synthèse des enquêtes. Par la suite, l’attention est portée sur les résultats des enquêtes de terrain menées par les chercheurs de la Chaire à travers 25 entretiens semi-directifs et 117 participations aux sondages en ligne auprès de professionnels du secteur en vue de recenser et d’analyser les retours d’expérience de la pratique (**Partie 2**).

Recommandations. C’est au regard à la fois des recherches doctrinales et des enquêtes de terrain que la Chaire peut, enfin, dresser une liste de 12 propositions de recommandations tant opérationnelles que juridiques en matière de répartition et de traitement des risques dans la commande publique (**Partie 3**).

PARTIE 1 – ÉTAT DU DROIT ET DE LA DOCTRINE

PARTIE 2 – SYNTHÈSE DES ENTRETIENS ET DES SONDAGES

PARTIE 3 – PROPOSITIONS DE RECOMMANDATIONS

Note : Des résumés d’étapes sont proposés à la fin de chaque section de la deuxième partie consacrée à la synthèse des entretiens et des sondages. Une synthèse des recommandations est également présentée ci-après.

Les questionnaires mis à disposition des enquêtés dans le cadre des sondages en ligne sont accessibles dans une annexe distincte du présent rapport et accessible sur la page internet dédiée au présent rapport sur le site internet de la Chaire.

SYNTHESE DES RECOMMANDATIONS

Celles-ci sont détaillées en fin de rapport, aux pages 224 et suivantes.

Recommandation n° 1

Former les agents des autorités contractantes et des opérateurs économiques à l'appréhension du risque avec une compréhension des attentes et des intérêts de chaque acteur de la commande publique.

Recommandation n° 2

Développer des emplois ou des services de management du risque et de management contractuel.

Recommandation n° 3

Publier un guide sur l'identification et la répartition des risques dans les contrats de la commande publique, idéalement par la DAJ, qui comporterait, notamment, une matrice des risques pouvant servir de modèle lors de négociations sur la répartition des risques pour certains marchés et contrats de concession.

Recommandation n° 4

Sécuriser le sourcing à travers une procédure conforme aux principes fondamentaux de la commande publique.

Recommandation n° 5

Ouvrir, dans le cadre des procédures avec négociation, plus largement à la négociation la répartition des risques lors de la passation de certains marchés ou contrats de concession, dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique, à travers la publication d'un guide pratique, idéalement publié par la DAJ.

Recommandation n° 6

Inscrire dans le Code de la commande publique (dans un article L. 6-1) la bonne foi contractuelle tant dans la passation que dans l'exécution.

Recommandation n° 7

Encadrer, pour les marchés à prix forfaitaire, la jurisprudence du Conseil d'Etat, Région Haute-Normandie.

Recommandation n° 8

Réviser le Code pénal pour insister sur la nécessité de l'élément moral pour caractériser un délit d'octroi d'avantages injustifiés ou de prise illégale d'intérêts.

Recommandation n° 9

Former les agents des autorités contractantes au secteur des assurances.

Recommandation n° 10

Recourir au sourcing et à l'assistance externe de spécialistes en assurance pour la définition des besoins des marchés d'assurance.

Recommandation n° 11

Mettre à jour le Guide pratique pour la passation des marchés publics d'assurance des collectivités territoriales de la DAJ, publié en juin 2008 afin de promouvoir le recours à la procédure négociée pour la passation des marchés d'assurance et la mise en place de clause prévoyant des franchises pour l'assurée dans les marchés d'assurance.

Recommandation n° 12

Modifier le Code des assurances et le Code de la commande publique pour préciser la jurisprudence du Conseil d'Etat Grand port maritime de Marseille en imposant un délai minimal de six mois pour une résiliation unilatérale à l'initiative de l'assureur et une motivation justifiant cette résiliation.

PARTIE 1

ETAT DU DROIT ET DE LA DOCTRINE

Présentation et analyse du cadre théorique et juridique
de la répartition et du traitement des risques dans les
contrats de la commande publique



PARTIE 1 : ÉTAT DU DROIT ET DE LA DOCTRINE

INTRODUCTION

Intérêt du sujet. Pour son septième rapport depuis sa création en 2020, la Chaire de droit des contrats publics porte l'attention de ses travaux sur la répartition et le traitement des risques dans les marchés publics et les contrats de concession.

Entre notamment l'inflation économique (augmentant considérablement les coûts des projets privés et publics, et augmentant les risques de défaillance de titulaires en particulier à la suite de leur placement sous un régime de protection par un tribunal de commerce, voire la déclaration de leur liquidation judiciaire), les difficultés d'approvisionnement (accentuant les délais de retard et augmentant le prix des matières premières), la pandémie de Covid-19 (imposant des mesures de sanitaires spécifiques et emportant des délais de retard), la hausse des coûts énergétiques (augmentant le coût de certains contrats), les évolutions normatives (notamment de nouvelles règles environnementales) et jurisprudentielles (comme les décisions relatives aux biens de retour, à la résiliation unilatérale des marchés d'assurance ou encore les deux avis sur les concessions d'autoroutes), les contestations citoyennes de projet pour des considérations environnementales et écologiques (comme l'opposition à l'Écotaxe ou à l'aéroport de Notre-Dame des Landes), nombreux sont les phénomènes récents qui justifient que la Chaire s'intéresse de près au risque. En effet, le risque est consubstantiel au contrat puisque le contrat est un acte de prévision pour les parties. Le fait que le contrat soit privé ou public ne modifie aucunement ce constat, d'autant que depuis la fin du XXe siècle, et le développement du cyndinisme⁹ dans les politiques publiques, le risque est entré dans la pensée

⁹ Le cyndinisme est science des risques, de leurs probabilités de survenance, de leur évaluation et des stratégies de prévention. Voir : Jean-Marie Pontier, « La puissance publique et la prévention des risques », *AJDA*, 2003, p. 1752.

même des personnes publiques¹⁰, en particulier dans leur stratégie contractuelle, même si les coûts cachés liés au risque étaient peu maîtrisés par elles¹¹.

En raison de l'objet d'étude de la Chaire, les contrats publics, l'actualité ne pouvait que commander à son équipe de porter son attention sur la notion du risque, sa répartition contractuelle et sa gestion opérationnelle dans les marchés publics et les contrats de concession.

Questionnements. Cette thématique soulève de nombreuses interrogations dont les principales tiennent à la définition même de la notion de risque, aux moyens de prévenir efficacement les risques et de parvenir à un partage équilibré de ceux-ci, ainsi qu'aux limites ou obstacles que peuvent connaître les juristes dans la répartition et la gestion des risques au sein de marchés publics ou de contrat de concession. En outre, la question de l'influence des principes fondamentaux de la commande publique sur la répartition et la gestion des risques se pose afin de déterminer si la mise en concurrence, la transparence et l'égalité de traitement des candidats ont ou non des répercussions en pratique.

Objectifs de la recherche. L'objectif de la présente étude est donc d'évaluer les difficultés juridiques et opérationnelles rencontrées par les praticiens dans le cadre de la répartition et de la gestion des risques dans les marchés publics et les contrats de concession. À partir d'une analyse de l'état du droit positif et de la doctrine, complétée par les retours d'expériences d'avocats et de services juridiques d'autorités contractantes ou d'opérateurs économiques¹², des recommandations opérationnelles et juridiques seront proposées¹³.

À cette fin, l'approche théorique du sujet se concentrera, tout d'abord, sur la notion du risque dans les contrats de la commande publique pour la distinguer de l'aléa (**Section 1**). L'étude se poursuivra par l'appréhension de l'identification et de l'évaluation des risques dans les marchés et les contrats de concession permettant d'établir la cartographie des risques d'un projet public (**Section 2**), ainsi que celle de leur couverture par les autorités contractantes et les opérateurs économiques (**Section 3**). L'état du droit et de la doctrine se poursuivra par l'analyse de la répartition contractuelle des risques et de leur traitement lors de leur survenance (**Section 4**). Enfin, une attention particulière sera portée aux *collaborative contracts* (**Section 5**).

¹⁰ Jean-Marie Pontier, « La puissance publique et la prévention des risques », *AJDA*, 2003, p. 1752.

¹¹ Jean-Luc Champy, Noël de Saint-Pulgent, Brigitte Loye Deroubaix et autres, « Quels risques ? Pour qui ? », *Petites affiches*, 2010, n° 171, p. 25

¹² Voir : Partie 2.

¹³ Voir : Partie 3.

SECTION 1 : L'APPRÉHENSION DU RISQUE DANS LES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Polysémie de la notion. En raison de sa polysémie, la notion de risque nécessite d'être précisée pour la compréhension de la présente étude, d'autant que le risque est souvent perçu à travers ses nombreuses déclinaisons comme, par exemple (et sans que cette liste soit exhaustive) les risques financiers, les risques économiques, les risques contentieux, les risques juridiques, les risques pénaux, les risques naturels, les risques industriels, les risques commerciaux ou encore les risques d'exploitations, et non pas perçu à travers son essence propre¹⁴.

Proposition de définition par la doctrine. À la suite d'une analyse minutieuse de la notion en sociologie et en économie dans sa thèse de doctorat, Thomas Pez définit le risque comme un événement favorable ou défavorable¹⁵ qui se caractérise par son incertitude et sa prévisibilité¹⁶.

¹⁴ Thomas Pez, *Le risque dans les contrats administratifs*, Thèse, Université de Versailles, LGDJ, 2013, p. 3.

¹⁵ Les aspects positifs ou négatifs des risques ont récemment été repris par la section consultative du Conseil d'État : CE, Ass., Avis consultatif, 8 juin 2023, n° 407003, *Avis portant sur la sécurisation des mesures permettant d'assurer une meilleure prise en compte de l'intérêt public dans l'équilibre des contrats de concession autoroutière*, par. 22 ; CE, Ass., Avis consultatif, 8 juin 2023, n° 407004, *Avis portant sur la contribution de certaines sociétés titulaires de contrats de concession ou de contrats assimilés au financement des investissements publics*, par. 37. Cette double approche du risque est également connue du droit privé puisque certains auteurs distinguent les risques « heureux », financiers ou non, des risques « malheureux », résultant notamment d'une mauvaise exécution ou d'une inexécution du contrat. Voir : Jean-Marc Mousseron, Pierre Mousseron, Jacques Raynard et Jean-Baptiste Seube, *Technique contractuelle*, 5^e édition, Francis Lefebvre, 2017, n° 760 et s..

¹⁶ En sociologie, le risque est « un danger sans cause », une « menace », un « événement dommageable » (en ce sens, voir : Ulrich Beck, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Aubier, 2001, 521 p. ; Patrick Peretti-Watel, *Sociologie du risque*, A. Colin, 2000, 286 p. cités in Thomas Pez, *op. cit.*, p. 7). En somme, son sens est négatif : en témoignent le principe de précaution et la gestion des risques ou risk management (voir : Jean-Marc Mousseron, « La gestion des risques par le contrat », *RTD Civ.*, 1988, p. 481). L'objectif est alors de les identifier, de les anticiper et d'opérer leur suivi (Thomas Pez, *op. cit.*, p. 7). Cette notion négative se retrouve en droit de la responsabilité où le risque est un fait générateur qui, par son caractère malheureux, exigerait réparation. Le terme de « risques et périls » en droit des contrats administratifs illustre aussi la connotation négative du risque. Le risque est alors conçu négativement en sociologie nécessitant d'être anticipé, calculé et assuré. En économie,

Dès lors, le risque ne saurait se confondre avec l'aléa imprévisible. En effet, suivant la définition du dictionnaire *Larousse*, l'aléa est un évènement imprévisible « le plus souvent défavorable »¹⁷, même si dans son sens premier il accepte la conséquence favorable¹⁸. L'aléa se caractérise principalement alors par l'imprévisibilité et l'incertitude de l'évènement, qu'il soit positif ou négatif. Pour autant, dans le sens courant, comme le souligne le Centre National de Ressources textuelles et lexicales du CNRS, l'aléa se confond avec le risque « *tend[ant] à supplanter [la notion] d'imprévisibilité* »¹⁹. Ceci n'est pas sans rappeler la célèbre décision du Conseil d'État, du 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux* (n° 59928) d'où ressort le principe selon lequel :

« [...] la variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue **un aléa du marché qui peut, suivant le cas, être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévisions qu'elle a faits avant de s'engager.** » [Nous soulignons]

Frank H. Knight (*Risk, Uncertainty and Profit*, Hart, Schaffner & Marx, 1921, Beard Books, 2002, 381 p.) conçoit le risque comme une incertitude, mais une incertitude spécifique puisqu'il distingue le risque (« incertitude mesurable » ou prévisible) de l'incertitude stricto sensu (« incertitude non-mesurable » ou imprévisible) : « *Knight s'intéresse au rapport entre profit et incertitude. Il considère que ce n'est pas l'incertitude calculable, celle qui peut se traduire par une distribution de probabilité, qui est à l'origine du profit. Cette forme d'incertitude, l'entreprise peut s'en décharger en versant une prime d'assurance, qui s'analyse comme un coût. Selon lui, le profit ne rémunère que l'incertitude non calculable et donc non assurable. Knight suggère de réserver le mot « risque » pour désigner l'incertitude qui est mesurable (« mesurable uncertainty ») et de spécialiser l'emploi du mot « incertitude » pour décrire les situations qui ne sont pas mesurables (« unmesurable uncertainty »). Seul le risque peut faire l'objet de calcul, seul le risque peut faire l'objet de probabilité. Pour employer un terme qui est plus familier au juriste, particulièrement à celui qui s'intéresse au droit des contrats, notamment administratifs, seul le risque est prévisible. L'incertitude, elle, ne peut pas faire l'objet de calculs, elle ne se prête pas aux probabilités, elle est imprévisible. Le but de l'entrepreneur est de « réduire l'incertitude en la convertissant en un risque mesurable », ce qui doit lui permettre de réduire en la convertissant en un risque mesurable », ce qui doit lui permettre de « réduire ses risques de gains ou de pertes » pour s'assurer de la stabilité de son profit. » (Thomas Pez, *op. cit.*, p. 8) D'où, selon Thomas Pez, deux catégories d'incertitudes : l'incertitude prévisible (le risque) et l'incertitude imprévisible (« l'incertitude pure »). Partant, le cœur du risque, tant en sociologie qu'en économie, se trouve dans son caractère prévisible. Mais, à la différence de l'acception sociologique, celle économique retient tant les conséquences positives (gain) que les conséquences négatives (perte) puisque l'approche économique repose essentiellement sur une vision anglosaxonne. Or, les anglais distinguent le péril (« *danger* »), de la source potentielle d'accident (« *hasard* »), de la possibilité d'évènement divers (« *chance* ») de la situation où les possibles sont mesurés (« *risk* »), de la situation où l'on ne peut fournir de mesure des possibles (« *uncertainty* »).*

¹⁷ Voir en ligne : <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/al%C3%A9a/2154>.

¹⁸ Voir la définition du risque par le Centre National de Ressources textuelles et lexicales du CNRS : <https://www.cnrtl.fr/definition/al%C3%A9a>.

¹⁹ *Idem.*

Cependant, comme le souligne Thomas Pez, le risque n'est ni la certitude ni l'imprévision²⁰, mais entre les deux, c'est-à-dire « une incertitude prévisible ». Le risque se distingue alors de l'aléa sans toutefois s'y opposer :

« Le risque est un aléa, mais tous les aléas ne sont pas des risques. Il existe deux types d'aléas, le risque n'est que l'un d'entre eux. Il faut distinguer l'aléa prévisible de l'aléa imprévisible. C'est une autre manière de distinguer l'incertitude prévisible de l'incertitude imprévisible. Il y a ce qui rapproche le risque de l'aléa et ce qui sépare le risque de l'aléa. Les points communs et les différences. Le risque est, comme l'aléa, un événement incertain. Le risque se sépare de l'aléa, en ce qu'il n'est que l'évènement incertain mais prévisible. »²¹

Aléas « prévisibles » et aléas « imprévisibles ». Partant, la présente étude se focalisera sur les risques - c'est-à-dire sur les aléas dits « prévisibles » - dans les contrats de la commande publique (§I.), délaissant les aléas imprévisibles comme la théorie de l'imprévision ou la force majeure²² (§II.).

§I. Le risque ou l'aléa prévisible

Risque et contrat de la commande publique. La notion de risque est centrale dans la commande publique, d'une part, en raison du caractère prévisionnel de tout contrat (A.) et, d'autre part, du fait qu'il structure le droit de la commande publique lui-même (B.).

A. Le contrat, acte de prévision

Acte d'« appropriation du futur ». C'est dans la première édition de *Principes de droit public* que Maurice Hauriou définit le contrat comme un acte de prévision. Il soutient en effet que :

²⁰ Thomas Pez voit dans la décision *Gaz de Bordeaux* une distinction entre l'aléa ordinaire de l'entreprise qui est incertain mais prévisible (le risque) de l'évènement imprévisible (au-delà du risque).

²¹ Thomas Pez, *op. cit.*, p.14.

²² Ces aléas ont déjà été analysés par la Chaire dans ses travaux sur la crise sanitaire (Rapport n° 1, 2021), les liens entre passation et difficultés d'exécution (Rapport n° 2, 2021) et la modification des contrats de la commande publique (Rapport n° 5, 2023). L'ensemble des rapports est disponible sur le site de la Chaire de droit des contrats publics : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/>.

« Le contrat est l'entreprise la plus hardie qui se puisse concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un acte de prévision »²³.

Ainsi, le contrat serait un moyen pour les parties de « s'approprier le futur »,²⁴ car « la prévision serait l'essence du contrat »²⁵. Les civilistes soutiennent, à ce titre, qu'un contrat ne permet pas d'éviter les risques mais organise les relations entre les parties et la gestion de l'exécution contractuelle, notamment en cas de risque qui résulterait d'une différence entre le projet des parties et l'exécution concrète, et ce dans une logique de répartition des responsabilités²⁶. En particulier, Hervé Lecuyer conçoit le contrat comme l'outil par lequel sont organisées les relations des cocontractants tenant compte, dans l'exécution et l'inexécution du contrat, « des circonstances existant lors de la conclusion du contrat mais aussi [...] des événements futurs [...] qu'ils] a pu prévoir »²⁷.

Le sens accordé à la notion de prévision s'avère utile pour prendre toute la mesure de la fonction conférée au contrat. Dans sa thèse soutenue en 2017 sur la prévisibilité en droit commun des contrats, Ludovic Marignol souligne que :

« Affirmer que le contrat est un acte de prévision, c'est en réalité conjuguer cette double réalité : le contrat, en tant qu'acte juridique, peut être vu de manière générale comme un ensemble de prévisions-conjectures, tandis que le processus contractuel s'entend de l'action intellectuelle qui en est la cause, et qui consiste à anticiper un certain nombre de réalités encore au stade de la simple éventualité de deux conceptions possibles. »²⁸

Selon le *Larousse*, la notion de conjecture renvoie à l'idée d'une « supposition fondée sur des probabilités, mais qui n'est pas contrôlée par les faits ». Elle se rapproche en cela d'une hypothèse ou d'une présomption.

Poursuivant sa démonstration, Ludovic Marignol considère que « ce n'est point tant ici la réalisation de l'événement envisagé dès à présent par le sujet mais plutôt la seule possibilité

²³ Maurice Hauriou, *Principes de droit public*, 1^{ère} édition, 1910, p. 206.

²⁴ Hervé Lecuyer, *Le contrat, acte de prévision*, Mélanges François Terré, coll. L'avenir du droit, p. 643 à 659.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Jean-Marc Mousseron et autres, *op. cit.*, n° 5 et n° 1168 ; Jean-Marc Mousseron, « La gestion des risques par le contrat », *art. cit.*.

²⁷ Hervé Lecuyer, « Le contrat, acte de prévision », in *L'avenir du droit*, Mélanges en hommage à François Terré, Dalloz, 1999, p. 645.

²⁸ Ludovic Marignol, *La prévisibilité en droit des contrats*, Thèse, 11 décembre 2017, Université de Toulouse Capitole.

de sa survenance, qui est au cœur de la prévision »²⁹. Le simple fait que l'événement puisse se produire suffit à justifier la prise de moyens en amont pour le prévenir ou minimiser ses conséquences sur la bonne santé de la relation contractuelle projetée. Ainsi, la prévision ne consiste pas en une tentative de divination. Au contraire, « *elle s'opère par l'analyse du présent, appuyée sur la connaissance du passé, et l'application logique des lois de son évolution* »³⁰. C'est en cela que le contrat apparaît comme un pari sur l'avenir. L'avenir étant inconnu, s'y projeter avec certitude et tout anticiper s'avèrent impossible. C'est le « défaut originel » de la prévision et par ricochet, du contrat.

C'est d'ailleurs la raison pour laquelle Laurent Aynès n'hésite pas à qualifier d'ambitieuse, voire d'orgueilleuse la prétention de Maurice Hauriou consistant à voir dans le contrat la traduction matérielle de la domination de la volonté humaine sur les faits à venir³¹. Les crises économiques et les guerres ayant succédé à cette conception en témoignent amplement. Ainsi, l'appréhension des risques dans les contrats, notamment administratifs, a tendance à se résumer au risque, aléa prévisible.

Intention des parties et risque. À ce propos, suivant Maurice Hauriou³² et Léon Blum³³, Thomas Pez relie le risque et la volonté des parties de ne courir que les risques prévisibles. En cela, l'intention des parties est une caractéristique essentielle du risque qui le distingue, là encore, de l'aléa :

*« Le risque, évènement incertain mais prévisible, relève du futur ; il relève de la volonté. La volonté s'exprime au travers du contrat. [...] Le contrat fait le lien entre la volonté et la prise de risques. Acte de prévision, il est un acte de répartition des risques. Pour retenir une formule imagée mais significative : l'aléa on le subit, le risque on le prend. »*³⁴

Partant, l'auteur précise sa définition du risque :

« Le risque, c'est l'incertitude prévisible, l'évènement incertain mais prévisible que les parties ont accepté de courir en contractant. L'éventualité, la prévisibilité et la

²⁹ *Idem.*

³⁰ 13 Pierre Hebraud, « Observations sur la notion du temps dans le droit civil », in *Études offertes à Pierre Kayser*, PUAM, 1979, p.28 cité par Ludovic Marignol.

³¹ Laurent Aynès, « Rapport introductif », *Revue des contrats*, n°1, page 380, 01 janvier 2010.

³² Maurice Hauriou, *op. cit.*, p. 201 ; Note sous CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Notes III, p. 605.

³³ Voir les conclusions de Léon Blum sur CE, 7 avr. 1910, *Compagnie générale française de tramways*, Rec. p. 218.

³⁴ Thomas Pez, *op. cit.*, p. 35.

volonté sont les trois indices qui permettent d'identifier le risque dans les contrats administratifs. »³⁵

Risque et contrats administratifs. En définitive, en droit des contrats, le risque est tant lié au contrat que la volonté des parties doit être prise en considération dans la notion même du risque alors même que, pendant longtemps, les textes européens et nationaux étaient assez silencieux sur cette notion. Or, depuis les directives de 2014 et leur transposition, la notion de risque est omniprésente dans les textes tant pour les contrats de concession que pour les marchés publics :

« L'innovation est remarquable : le risque trouve enfin et pour la première fois sa place dans les textes relatifs aux concessions, dans les textes européens et les textes français de transposition. La directive du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession fait au risque une place de choix dans la définition de la concession. L'ordonnance du 29 janvier et le décret du 1er février 2016 relatifs aux contrats de concession qui la transposent sont moins bavards mais la place du risque n'y est pas moins significative : il est désormais le critère législatif ultime d'identification des contrats de gestion déléguée. Des risques, il y en a aussi dans les marchés publics, à tout le moins dans les textes qui les régissent. Il en est question dans l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016 : ces nouveaux textes relatifs aux marchés n'ignorent pas les risques que peuvent également courir les entrepreneurs. »³⁶

Par conséquent, la notion de risque a une place très particulière en droit administratif des contrats, puisqu'elle est essentielle à la structure même de la commande publique distinguant, d'un côté, les marchés publics et, de l'autre, les contrats de concession.

B. Le risque, élément structurant de la commande publique

Risque et droit de la commande publique. Le risque organise l'approche que les juristes ont du droit de la commande publique principalement par la distinction traditionnelle

³⁵ Thomas Pez, « Le risque, les concessions et les marchés », *RFDA*, 2016, p. 237.

³⁶ *Idem.*

entre marché public et contrat de concession à travers la notion de risque d'exploitation (1.) et le principe de l'exécution aux risques et périls (2.).

1. La typologie des contrats de la commande publique structurée autour du risque d'exploitation

Spécificité de la commande publique. Le droit des contrats administratifs dispose de sa propre « syntaxe » lorsqu'il s'intéresse au risque³⁷. Toutefois, « *ni un discours économique pur, ni une exégèse de la jurisprudence du Conseil d'État ne permettent de jeter un regard empirique entièrement satisfaisant sur le traitement du risque* »³⁸. L'appréhension du risque par le Conseil d'État est souvent limitée à « *l'existence d'un risque* »³⁹. Or, elle gagnerait à s'étendre à « *sa nature, son ampleur, son influence sur l'économie financière de la convention et, si possible, sur les probabilités de sa réalisation, sur le degré d'aversion de la personne cocontractante pour le risque et sur les moyens dont elle dispose pour le lisser* »⁴⁰. Ainsi, pour les cocontractants de l'administration, « *le contrat administratif est un outil de couverture du risque : plus les aléas sont circonscrits, plus la sécurité d'exécution est grande dans la mesure où la survenance des aléas ne déséquilibre pas l'économie du contrat.* »⁴¹

Le risque est supporté tant par le titulaire d'un marché public que par le délégataire. Il est commun à tous les contrats de la commande publique. Certains auteurs considèrent à cet effet que « *le risque transcende surtout les clivages académiques de la commande publique* »⁴². Le transfert de risque est cependant limité dans les contrats de partenariat public privé : « *La règle n'est plus alors celle d'un transfert du risque mais à l'inverse d'un partage optimal des risques entre les contractants* »⁴³. Assurant la maîtrise d'ouvrage, le cocontractant de l'administration supporte les risques et est tenu par conséquent de « *provisionner tous les*

³⁷ Thierry Kirat, Frédéric Marty et Laurent Vidal, « Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat », *RIDE*, 2005, n° 3, p. 291-318.

³⁸ *Idem.*

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ *Idem.*

⁴² Pascal Cadieu, « Retour sur la « mise en risque » des collectivités territoriales (Partie 1/2) », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, 1er déc. 2012, n° 85.

⁴³ *Idem.*

risques du terrain » sauf s'il en est exonéré par les clauses du contrat⁴⁴. Par ailleurs, les acheteurs porteurs de marchés de plus de 30 millions peuvent recourir à la formule Valeur à risque (VaR) 85 % qui sert à mesurer le risque que la personne publique est en mesure de supporter⁴⁵. Les personnes publiques doivent aussi tenir compte des « gains sociaux-économiques » et d'un « raisonnement en hors taxes »⁴⁶.

Ainsi, la nature du risque et son importance varient d'un contrat à un autre et permettent d'opérer une distinction entre les contrats de la commande publique.

Le risque dont il est ici question exclut toute forme d'imprévisibilité. Le droit des contrats administratifs a en effet prévu d'autres vocables pour qualifier l'aléa imprévisible : imprévision, fait du prince, sujétions imprévues et force majeure.

Risque d'exploitation et concession. « Consubstantiel à la concession »⁴⁷, le risque d'exploitation est défini comme « le risque d'exposition aux « aléas du marché »⁴⁸, laissant de côté le critère « rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation ». Pour Thomas Pez, les nouveaux textes clarifient non seulement la frontière entre concession et marché public (le risque étant consacré comme un critère de distinction à travers la notion de risque d'exploitation), mais surtout la notion de risque. Le risque est perçu alors comme « *un aléa du marché, que l'origine de la rémunération (rémunération publique) n'est pas déterminante et que prime la nature ou le mode de la rémunération* ». Les nouvelles règles admettent « *que certains risques sont inhérents à tous les contrats* ». En outre :

« Elles prennent en compte la couverture des risques et se contentent d'un risque même limité pour qualifier une concession. Elles conviennent du rôle du risque de dépenses et du risque de perte (et donc du risque de résultat) ainsi que de celui du risque de demande auquel elles ajoutent le risque lié à l'offre. Elles ne

⁴⁴ Nohmana Khalid, « En PPP, des risques de dérapages de coûts et de délais moindres qu'en maîtrise d'ouvrage publique ? », Le Moniteur.fr, 25 mars 2016.

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ CE, 7 nov. 2008, n° 291794, *Département de Vendée*.

⁴⁸ CE, 30 mars 1916, n° 59928, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Lebon p. 125, concl. Chardenet ; CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-206/08, *Wasser und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) c/ Eurawasser Aufbereitungs - und Versorgungsgesellschaft mbH*, pt 67 ; CJUE, 10 mars 2011, aff. C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, pts 67 s.

reconnaissent toutefois pas tous les risques et ignorent encore certains de ceux qui pourtant affectent les marchés publics au même titre que les concessions. »⁴⁹

Par conséquent, si le critère de « rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation » a disparu des définitions, il n'en demeure pas moins, comme le souligne Thomas Pez⁵⁰, qu'un lien évident existe entre le droit d'exploiter (essence d'une concession), la rémunération et le risque. La directive 2014/23/UE évacue d'ailleurs l'origine de la rémunération comme critère de qualification d'une concession⁵¹ :

« La nature, ou plus exactement le mode de rémunération prime. La rémunération doit impliquer le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation, peu importe que la rémunération provienne de tiers (et notamment des usagers du service ou de l'ouvrage) ou de l'administration contractante. »⁵²

Composantes du risque d'exploitation. Analysant la jurisprudence européenne et nationale, Thomas Pez dresse les composantes du risque d'exploitation⁵³. Dès lors, le risque d'exploitation comprend :

- **Une réelle exposition aux aléas⁵⁴ du marché :** le risque doit être réel, même s'il peut être limité, sans pour autant être intégralement compensé par l'autorité concédante par divers soutiens publics⁵⁵. Comme l'indique Thomas Pez, tous les contrats sont soumis aux aléas du marché. Toutefois, les marchés publics se distinguent des concessions par l'absence de garantie pour le concessionnaire, en

⁴⁹ Thomas Pez, *art. cit.*, p. 237.

⁵⁰ *Idem.*

⁵¹ Dir. 2014/23/UE, cons. 18 : « Certains dispositifs exclusivement rémunérés par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice devraient avoir le statut de concessions, lorsque le recouvrement des investissements et des coûts supportés par l'opérateur pour l'exécution des travaux ou la fourniture des services dépend de la demande réelle ou de la fourniture du service ou de l'actif. »

⁵² Thomas Pez, *art. cit.*.

⁵³ *Idem.*

⁵⁴ La notion d'aléa étant limitée ici à son caractère prévisible.

⁵⁵ Pour Thomas Pez (*art. cit.*) : « Le risque doit être réel, il ne doit pas être purement nominal ou négligeable mais cela n'empêche pas qu'il puisse être réduit dès lors qu'il n'est pas éliminé. Sont ainsi pris en compte les mécanismes de couverture du risque dans les contrats de gestion déléguée (y compris ceux jouant sur la durée de la convention). [...] Dans une décision du 5 juin 2009, Société Avenance-Enseignement et Santé, le Conseil d'État considère que la Cour administrative d'appel « n'a pas commis d'erreur de droit ni d'erreur de qualification juridique en jugeant que la rémunération du co-contractant de la commune, en l'absence de réel risque d'exploitation, ne pouvait être regardée comme étant substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation et que le contrat était en conséquence constitutif d'un marché public et non d'une délégation de service public ». Le risque réel d'exploitation est ainsi confirmé comme indice de la rémunération caractéristique des délégations et concessions : le risque ne doit pas être d'une « ampleur très limitée ». »

situation d'exploitation normale, d'amortir ses investissements ou les coûts qu'il supporte au titre de l'exploitation du service ou de l'ouvrage ;

- **Le risque de dépenses** : les incertitudes liées aux charges, aux investissements et aux coûts ;
- **Le risque de résultat** : ce risque est caractérisé à la fois d'un risque de perte et d'un risque de profit restant à la charge du concessionnaire⁵⁶ ;
- **Le risque lié à la demande (non exclusif aux concessions)**⁵⁷ : ce risque est lié au trafic des usagers d'un ouvrage ou d'un service dans la limite de la prévision des parties lors de la conclusion du contrat ;
- **Le risque lié à l'offre** : le risque portant sur la fourniture des travaux ou services, le risque de disponibilité ou le risque sur les charges, ou encore le risque d'inadéquation de l'offre et de la demande⁵⁸.

En revanche, le risque d'exploitation ne comprend pas les risques inhérents à tous les contrats, c'est-à-dire les aléas liés à des cas de force majeure ou d'imprévision (l'imprévisible allant au-delà du risque d'exploitation), les risques liés à un manquement aux obligations contractuelles ou à une inexécution des obligations contractuelles⁵⁹ et les risques liés à une

⁵⁶ Comme le souligne Thomas Pez (*art. cit.*) : « Dans ses conclusions sur l'arrêt *Telaustria* du 7 décembre 2000, Nial Fennelly estime ainsi que l'absence de risque de perte caractérise le marché alors que, inversement, le fait que l'exploitation soit susceptible d'être profitable au cocontractant ne fait pas perdre au contrat son caractère de concession, et la probabilité que l'opérateur économique puisse faire des pertes est un indice d'une telle qualification : le risque de pertes est le critère ultime de la concession. Ce risque de pertes est l'une des composantes du risque affectant les résultats, si caractéristique des contrats de concession et de délégation. »

⁵⁷ Comme le souligne Thomas Pez (*art. cit.*) : « Dans les contrats conclus à titre onéreux, toute prestation donne lieu à une contrepartie. Les consommations requises pour réaliser cette prestation correspondent à des charges diverses par leur nature. Des matières premières, des fournitures, des biens intermédiaires, des services extérieurs, du travail, l'usure des équipements, sont autant d'éléments dont l'activité de l'entreprise permet d'incorporer la valeur à celle de la prestation promise. Toute commande engendre des dépenses en échange d'une promesse de recettes. Toute commande engendre un risque à la fois sur les dépenses et sur les recettes. L'existence du risque de demande dans les marchés publics est niée par ceux qui veulent réserver le critère à l'identification des contrats de gestion déléguée. Le risque de demande est pourtant bien réel dans les marchés autant que dans les concessions et s'y décompose en risque de recettes et risque de dépenses. »

⁵⁸ Sur ce point, Thomas Pez précise (*art. cit.*) : « La fixation des prix par une entreprise, sa « politique des prix », dépend en effet de plusieurs déterminants. Le coût de revient de la prestation constitue le déterminant le plus évident du prix de la prestation. Il n'en est toutefois pas le seul. Le prix n'est pas toujours calculé de manière à couvrir toutes les charges, d'autres impératifs président à son établissement. La réaction de la demande au prix, qui dépend elle-même de la structure du marché et du libre jeu de la concurrence, est un des déterminants du prix de l'offre. La fixation du prix est aussi influencée par les objectifs de l'entreprise en matière de rentabilité financière. »

⁵⁹ À ce titre, les directives de 2014 s'écartent de la décision CJUE, 10 mars 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, C-274/09.

mauvaise gestion (l'évaluation du concessionnaire s'effectuant « dans des conditions d'exploitation normales »⁶⁰).

Risques et marchés publics. Les marchés publics ne sont pas exempts de tout risque, d'autant que l'étendue des risques transférés est répercutée sur le prix des offres⁶¹. D'ailleurs, le caractère forfaitaire ou unitaire du prix, ou les deux, aura des répercussions sur les risques assumés par l'opérateur économique puisque le prix forfaitaire implique que le titulaire réalise l'intégralité l'opération pour une somme globale ce qui, par déduction, peut s'analyser, selon Laurent Richer et François Lichère, comme l'acceptation d'assumer tous les risques (non les aléas) du projet⁶². Par ailleurs, comme le relève Thomas Pez dans sa thèse de doctorat, les marchés globaux ne sont pas exempts de risques, d'autant que leur qualification est indépendante de cette notion⁶³. Ces contrats, notamment pour les contrats globaux de performance ou les contrats globaux de conception-réalisation, ainsi que les marchés de partenariat peuvent être exposés à des risques analogues à ceux des concessions dès lors que la rémunération (éventuellement partielle) du marché est dépendante des résultats de l'exploitation d'un ouvrage⁶⁴ (sachant que les risques de fréquentation sont difficiles à prévoir), sans compter le risque de financement de l'infrastructure. Tant au niveau international⁶⁵ que national⁶⁶, le principe de l'allocation optimale des risques guide la répartition des risques dans ces contrats-là et sous-entend une différence de l'appréhension du risque par rapport aux marchés publics classiques⁶⁷.

Par ailleurs, pour Thomas Pez, les marchés publics sont également confrontés à un certain nombre de risques, notamment à des risques de difficultés techniques ou financières⁶⁸,

⁶⁰ Thomas Pez, *art. cit.*.

⁶¹ Voir *infra* : Section 3.

⁶² Laurent Richer et François Lichère, *Droit des contrats administratifs*, 11^e édition, Lexis Nexis, 2022.

⁶³ Thomas Pez, *op. cit.*, p. 414-415.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 428-430.

⁶⁵ Voir par exemple : Paul Lignièrès, *Partenariats Public-Privé*, 2^e édition, Litec, 2005, p. 229 ; CNUDCI, *Guide législatif de la CNUDCI sur les projets d'infrastructure à financement privé*, 2001, p.41-48.

⁶⁶ Thomas Pez, *op. cit.*, p. 435.

⁶⁷ Voir *infra* : Section 4. Cette allocation du risque, selon Thomas Pez (*op. cit.*, p. 435) repose sur deux critères : « le degré d'influence ou de contrôle du cocontractant sur l'évènement qui présente un risque » et « sa capacité à supporter le risque, c'est-à-dire le coût que représente pour lui la prise en charge du risque ».

⁶⁸ Ces risques peuvent être accrus dans le cas de marchés allotés, notamment lorsqu'apparaissent des inadéquations techniques entre deux lots qui obligent à des dépenses supplémentaires incertaines. Voir : Thomas Pez, *op. cit.*, p. 268-271.

à des risques sur les recettes⁶⁹, à l'ensemble des risques transférés par l'acheteur et aux aléas prévisibles du marché.

2. L'exécution aux frais et risques du titulaire

Principe. L'administration dispose du pouvoir de sanction à l'égard de son cocontractant. Elle est en effet autorisée à infliger des pénalités financières à ce dernier en cas d'inexécution du contrat. Elle peut aussi se substituer à son cocontractant ou lui substituer un autre opérateur économique. Ce pouvoir de substitution prend la forme d'une mise en régie pour les marchés de travaux publics, d'une mise sous séquestre pour les concessions de service public ou d'un marché de défaut pour les marchés de fournitures. Pour la doctrine classique majoritaire, il fait partie du corpus des règles générales applicables aux contrats administratifs. Elle a en cela été partiellement suivie par le Conseil d'État dès 1957 qui admettait la possibilité pour l'autorité de contractante de se saisir de ce pouvoir d'office, même s'il n'est pas prévu par les clauses du contrat⁷⁰, pour les contrats dont l'objet consiste en l'exécution du service public⁷¹.

Faculté d'ordre public. Dans sa décision *Société Fosmax* du 9 novembre 2016⁷², le Conseil d'État a reconnu le caractère d'ordre public de la « règle selon laquelle, même dans le silence du contrat, le maître d'ouvrage peut toujours faire procéder aux travaux publics objet du contrat aux frais et risques de son cocontractant ». Par conséquent, « les personnes publiques ne peuvent légalement y renoncer ». Cette solution de principe a été reprise dans un récent arrêt *Société Art et Build Architectes* en date du 12 avril 2023⁷³. En outre, les nouveaux CCAG, prenant acte du caractère d'ordre public de ce principe, ne prévoient plus que le recours

⁶⁹ Dans sa thèse de doctorat, Thomas Pez souligne que les marchés publics sont confrontés à un risque de recettes (de manière moins importante que dans les contrats de concessions) au regard de l'incertitude sur le volume et la valeur de la demande dès lors que la rémunération du titulaire du contrat varie selon les besoins de l'acheteur ou de la fréquentation du service ou de l'ouvrage dont l'établissement constitue l'objet du marché. Voir : Thomas Pez, *op. cit.*, p. 250 et s..

⁷⁰ CE, 9 janv. 1957, *Daval* : Tables p.955 ; CE, 23 juin 1944, *Ville de Toulon* : Lebon p. 180.

⁷¹ CE, 6 mai 1985, n° 41589 41699, *OPHLM d'Avignon* : Lebon.

⁷² CE, 9 nov. 2016, n° 388806, *Société Fosmax*.

⁷³ CE, 12 avril 2023, n° 461576, *Art et Build Architectes*.

à cette faculté par l'autorité contractante soit conditionné à ce que les documents contractuels le prévoient⁷⁴.

§II. L'aléa imprévisible

Différents aléas. La notion d'imprévisibilité a été au cœur de l'exécution des contrats de la commande publique ces quatre dernières années en raison des conséquences économiques causées par la propagation du coronavirus et par la guerre russo-ukrainienne. Les théories de l'imprévision, du fait du prince, de la force majeure et dans une moindre mesure des sujétions techniques imprévues ont alors ressurgi pour contrecarrer les effets néfastes de ces événements.

Il convient de rappeler que les parties ne peuvent se prévaloir de la théorie de l'imprévision que lorsque l'événement admis comme imprévisible leur est étranger et entrave l'exécution harmonieuse du contrat. La reconnaissance de l'état d'imprévision conduit à une indemnisation du cocontractant. Elle peut cependant aboutir à une résiliation pour force majeure du contrat si la situation perdure et s'avère excessivement onéreuse pour l'administration.

Quant à la théorie du prince, elle fait référence aux « mesures ou comportements réguliers de la collectivité publique contractante prise en sa qualité, non de contractant, mais de personne publique, de puissance publique, de prince »⁷⁵. Ces mesures sont qualifiées de fait de prince lorsqu'elles ont pour « conséquence de rendre plus difficile ou plus onéreuse l'exécution d'un contrat »⁷⁶, de les « aggraver »⁷⁷. Lorsque le fait du prince est admis, le cocontractant a droit à une indemnisation intégrale du préjudice découlant de l'acte⁷⁸. Le Conseil d'État n'admet le fait du prince pour une mesure de portée générale que si ladite mesure affecte directement un « élément essentiel du contrat »⁷⁹. De même, le cocontractant ne peut bénéficier d'une indemnisation que s'il est spécialement affecté par la mesure⁸⁰.

⁷⁴ CCAG-FCS, art. 45 ; CCAG-MI, art. 48 ; CCAG-Travaux, art. 52 ; CCAG-MOE, art. 34 ; CCAG-PI, art. 27 ; CCAG-TIC, art. 54. Pour plus d'information, voir : DAJ, Fiche technique sur l'exécution aux frais et risques du titulaire défaillant, disponible en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/-daj/marches_publics/textes/guideCCAG/Fiche1_13_Execution_aux_frais_et_risques.pdf.

⁷⁵ Benoît Plessix, *Droit administratif général*, 3ème édition, 2020.

⁷⁶ Agathe Van Lang, Geneviève Gondouin, Véronique Inserguet-Brisset, *Dictionnaire de droit administratif*, 7ème édition, Sirey, 2015.

⁷⁷ René Chapus, *Droit administratif général*, Tome 1, 15^{ème} édition, Montchrestien, 2001.

⁷⁸ CE, 23 avril 1948, n° 94511, *Ville d'Ajaccio* : Lebon.

⁷⁹ Gabriel Eckert, « Fasc. 430 : Exécution de la convention de délégation de service public », *JCl. Cts et MP*, 2023 ; CE, 20 mai 1904, *Compagnie marseillaise de navigation* : Lebon, p. 425 ; CE, 18 mars 1983, n° 25556, *Société du parking du square Boucicaut*.

⁸⁰ René Chapus, *op. cit.*

Enfin, la théorie des sujétions imprévues s'articule autour des « *difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties* »⁸¹.

Exclusion de l'étude. Toutefois, ces aléas ne seront pas plus approfondis dans le cadre de cette étude puisque, outre le fait qu'ils aient pu être abordés dans de précédents rapports⁸², le choix est fait d'écarter ces aléas imprévisibles de l'étude afin de se focaliser sur les risques prévisibles et potentiellement anticipables.

⁸¹ CE, 30 juillet 2003, n° 223445, *Commune de Lens*, : Tables.

⁸² Voir : Chaire de droit des contrats publics, *Crise sanitaire et contrats publics*, 2021 ; *Les liens entre passation et difficultés d'exécution*, 2021 ; *La modification des contrats de la commande publique*, 2023. L'ensemble de ces rapports sont disponibles sur le site de la Chaire : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/>.

SECTION 2 : L'IDENTIFICATION ET L'ÉVALUATION DES RISQUES DANS LES MARCHÉS ET LES CONTRATS DE CONCESSION

Utilité de l'identification et de l'évaluation des risques. L'identification et l'évaluation des risques dans les contrats de la commande publique sont des étapes fondamentales pour établir la stratégie contractuelle et le contrat lui-même afin de prévenir au mieux les risques et les répartir de manière optimale. Effectivement, elles permettent de déterminer la criticité des risques d'un projet et de cartographier, ensuite, les risques d'un contrat.

Cartographie des risques. Si, dans sa thèse de doctorat, Thomas Pez distingue les risques d'exécution du contrat et les risques d'inexécution des obligations contractuelles, cette distinction ne sera pas reprise ici. En effet, une telle classification ne semble pas répondre aux exemples rencontrés dans les cartographies et les matrices des risques consultées lors des recherches de la Chaire. En outre, certains risques comme les risques de passation, les risques pénaux ou les risques administratifs ne sauraient y trouver leur place. La Chaire a donc privilégié une approche plus pragmatique, cohérente avec les étapes d'appréhension du risque (identification, évaluation, couverture et prévention des risques) desquelles ressort la notion de criticité d'un risque.

Partant, la cartographie des risques d'un contrat repose sur la criticité de chacun des risques au regard du projet envisagé ou des personnes intervenants dans ce projet. Cette classification s'inscrit également dans la continuité du principe économique selon lequel, plus l'occurrence d'un risque est élevée, moins ses effets sont importants, plus l'occurrence du risque est faible, plus la gravité augmente. Se distinguent alors les risques de forte criticité affectant le contrat lui-même et les parties (§I.), les risques de criticité modérée entraînant des répercussions sur l'économie générale du contrat (§II.) et les risques de faible criticité pouvant perturber l'exécution contractuelle (§III.).

§I. Les risques de forte criticité : risques affectant la survie du contrat et risques pénaux

Risques contre le contrat. Les risques de forte criticité sont de deux ordres. Tout d'abord les risques pouvant remettre en cause le contrat lui-même, en particulier les risques contentieux (A.), les risques juridiques (B.), les risques politiques (C.) et les risques administratifs (D.). Ensuite, les risques pénaux peuvent emporter des conséquences extrêmement dommageables pour les parties, en particulier leurs agents et élus (E.).

A. Les risques contentieux

Risques contentieux généraux. Le risque contentieux se présente comme le risque le plus évident en matière de commande publique. Les tiers aux contrats, à différentes échelles, ont en effet la possibilité d'exercer des recours précontractuels et post-contractuels afin d'obtenir la reprise de la procédure, l'annulation du contrat ou l'indemnisation d'un préjudice. Toutefois, la décision *Département du Tarn-et-Garonne*⁸³ permet de réduire l'occurrence des effets d'un tel risque :

« Considérant que, saisi ainsi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'État dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences ; qu'ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le

⁸³ CE, Ass., 4 avr. 2014, n° 358994, *Département du Tarn-et-Garonne*.

contrat ; qu'en présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci ; qu'il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés. »

Sans évoquer tous les moyens susceptibles d'être invoqués par les parties, il convient de prêter un regard attentif au risque d'interprétation du contrat et de requalification des contrats de la commande publique.

Certaines clauses du contrat peuvent en effet être interprétées différemment par les parties en raison de leur caractère équivoque. L'interprétation du juge s'avère en effet utile lorsque le contrat semble incomplet ou lorsqu'il paraît imparfait⁸⁴. Le contrat est qualifié d'incomplet lorsqu'il ne contient pas ou contient partiellement les réponses à une situation pouvant l'affecter⁸⁵. Il est considéré comme imparfait quand il comporte des « *termes ou expressions vagues, particulièrement générales ou mal définies dans l'instrumentum* »⁸⁶. Cette imperfection peut être le fruit d'une ambiguïté⁸⁷, d'une erreur de rédaction⁸⁸ ou encore d'une contradiction entre les clauses présentes dans un même document contractuel ou issues de différents documents⁸⁹. L'intervention du juge s'avère alors nécessaire pour déterminer le véritable sens de la clause. En effet, le « *juge auquel est soumis un contrat dont le sens n'est pas évident, [est tenu] non de faire acte de volonté, mais bien de connaissance de la teneur de l'accord de volonté au moment où celui-ci a été conclu* »⁹⁰. L'exécution du contrat se trouve ainsi soumise « *aux aléas de l'interprétation* »⁹¹. De ce fait, l'une des parties peut se sentir

⁸⁴ Valentin Lamy, Recherche sur la commune intention des parties dans les contrats administratifs, *op.cit.*, p.179

⁸⁵ *Ibidem*, p.179-182.

⁸⁶ *Ibidem*, p.183.

⁸⁷ *Ibidem*, p.186-188.

⁸⁸ *Ibidem*, p.188-190.

⁸⁹ *Ibidem*, p.184-186.

⁹⁰ *Ibidem*, p.151.

⁹¹ Guillaume Wicker, « Force obligatoire et contenu du contrat », in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats, sous la direction de Pauline Rémy-Corlay et Dominique Fenouillet, Dalloz, 2003.

« lésé[e] ou insatisfait[e] par le sens que le juge va octroyer au contrat »⁹². La non-univocité du contrat fait ainsi peser sur les parties un « *risque sémantique* »⁹³, qui est de nature à conduire à un risque d'interprétation *préjudiciable* pour l'un des cocontractants.

Il convient de rappeler que, suivant l'adage « *interpretatio cessat in claris* »⁹⁴, une clause du contrat ne peut être soumise à interprétation lorsqu'elle se veut claire, précise ou explicite⁹⁵. Cet adage qui a donné naissance à une doctrine ou théorie dite du sens clair est consacré par la Cour de cassation dans un arrêt *Veuve Foucauld et Coulombe c/ Pringault* du 15 avril 1872. Ainsi, le juge judiciaire considère qu'« *il n'est pas permis aux juges, lorsque les termes de ces conventions sont clairs et précis, de dénaturer les obligations qui en résultent, et de modifier les stipulations qu'elles renferment* »⁹⁶. Le Conseil d'État s'est montré réceptif à l'application de cette doctrine sous l'impulsion des commissaires de gouvernement⁹⁷. La doctrine du sens clair emporte également l'adhésion de la doctrine administrative classique et contemporaine⁹⁸. Toutefois, Valentin Lamy a estimé qu'il s'avère difficile d'identifier un « *critère satisfaisant [permettant] de définir la clause claire et précise* »⁹⁹. Il considère en ce sens qu'une clause dont la clarté ne fait aucun doute quant à sa formulation peut avoir « *[tendance] à s'obscurcir en cours d'exécution* »¹⁰⁰.

En ce qui concerne le risque de requalification des contrats, le choix est fait de prêter une attention particulière aux contrats de mobilier urbain, du fait des nombreuses hésitations de la jurisprudence elle-même.

« *Véritable caméléon* »¹⁰¹, le contrat de mobilier urbain a en effet été « *la tête d'affiche d'un feuilleton jurisprudentiel qui l'aura fait passer par toutes les couleurs* »¹⁰². En réponse à un député¹⁰³, le ministre en charge de l'économie et des finances a clairement fait savoir que

⁹² Alexis Downe, *La gestion des risques contractuels par le contrat : Étude du droit français à la lumière du droit anglais*, Thèse, Université Toulouse 1 Capitole, 2020, p.141

⁹³ Alexis Downe, *op. cit.*.

⁹⁴ L'interprétation cesse en cas de clarté.

⁹⁵ Laure Ragimbeau, « L'interprétation juridictionnelle des contrats administratifs », *RFDA*, 1019, 2020.

⁹⁶ Cour de cassation, chambre civile, 15 avril 1872, *Veuve Foucauld et Coulombe c/ Pringault*.

⁹⁷ Valentin Lamy, *Recherche sur la commune intention des parties dans les contrats administratifs, Contribution à l'interprétation du contrat en droit public*, Thèse, Université d'Aix-Marseille, Mare et Martin, 2022, p.175-176.

⁹⁸ *Ibidem*, p.177-178.

⁹⁹ *Ibidem*, p.179.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p.177-178.

¹⁰¹ Bruno Koebel, « Contrats de mobilier urbain », *Ctts et MP*, n° 8-9, comm. 290, Août-Septembre 2019.

¹⁰² *Idem*.

¹⁰³ Rép. min. n° 09951 : JOAN 6 juin 2019, p. 2957 (Q. 11 avr. 2019, M. Jean-Louis Masson).

l'on ne saurait « affirmer avec certitude que l'ensemble des contrats de mobiliers urbains sont des contrats de concessions de services ».

Leur qualification juridique varie en fonction de « l'économie générale du contrat »¹⁰⁴, c'est-à-dire de « l'équilibre économique défini par le contrat entre les parties »¹⁰⁵. En fonction de celle-ci, ils peuvent soit être qualifiés de marchés publics¹⁰⁶, soit de concessions¹⁰⁷, voire de conventions d'occupation du domaine public¹⁰⁸.

La nature concessive des contrats de mobilier urbain est admise « dès lors qu'il résulte des stipulations du contrat que l'attributaire se voit transférer un risque lié à l'exploitation des ouvrages à installer »¹⁰⁹.

Le contrat est qualifié de concession lorsque :

*« Il résulte de l'analyse des stipulations du contrat que le titulaire est exposé aux aléas qui peuvent affecter le volume et la valeur de la demande d'espaces de mobilier urbain par les annonceurs publicitaires, sans qu'aucune stipulation du contrat ne prévoie en contrepartie une quelconque prise en charge, totale ou partielle, par la personne publique des pertes qui pourraient en résulter »*¹¹⁰.

La requalification en contrat de concession a pour conséquence de neutraliser l'invocation par le requérant des moyens tirés de la méconnaissance des règles encadrant la passation des marchés publics.

De même, le requérant ne peut se prévaloir du caractère anormalement bas de l'offre retenue, car une telle irrégularité, bien qu'elle soit admise, n'entraîne pas l'annulation de la

¹⁰⁴ Willy Zimmer, « Conséquences de la requalification d'un marché public de mobiliers urbains en contrat de concession », *Ctts et MP*, n° 7, Juillet 2020, comm. 206 ; CE, 25 mai 2018, n° 416825, *Commune Saint-Thibault-des-Vignes et Sté Philippe Védiaud Publicité* : JurisData n° 2018-008653 ; *Ctts et MP*, 2018, comm. 165, note G. Eckert ; JCP A 2018, 2260, obs. J.-B. Vila.

¹⁰⁵ Bruno Koebel, « Contrats de mobilier urbain », *Ctts et MP*, n° 8-9, comm. 290, Août-Septembre 2019.

¹⁰⁶ CE, Ass., 4 nov. 2005, n° 247298, *Société Jean-Claude Decaux* ; CE, 14 nov. 2014, n° 373156, *SMEAG de la base de plein air et de loisirs de Cergy-Pontoise*.

¹⁰⁷ CE, 25 mai 2018, *Commune de Saint-Thibault-des-Vignes*, N° 416825, Lebon ; CE, 5 février 2018, n°s 416581 416579 416585 416640 416641 416711, *Ville de Paris et société de mobiliers urbains pour la publicité et l'information*, Tables.

¹⁰⁸ CE, 3 déc. 2014, n° 384170, *Tisséo*.

¹⁰⁹ Bruno Koebel, « Contrats de mobilier urbain », *Ctts et MP*, n° 8-9, comm. 290, Août-Septembre 2019.

¹¹⁰ Willy Zimmer, « Conséquences de la requalification d'un marché public de mobiliers urbains en contrat de concession », *Ctts et MP*, n° 7, Juillet 2020, comm. 206.

procédure en matière de concession. Toutefois, le juge se doit de veiller à ce que « *les conditions économiques du contrat ne [soient] pas, à l'évidence, de nature à compromettre la bonne exécution de la concession* »¹¹¹.

B. Les risques juridiques

Risques juridiques liés à la passation. Les risques juridiques peuvent, eux aussi, affecter le contrat lui-même (et par voie de conséquence le projet), notamment dans le cadre de la passation. Ils se distinguent des risques contentieux, car, contrairement à ces derniers, ils n'aboutissent pas nécessairement à une décision de justice, même s'ils peuvent être utilisés comme motifs d'annulation de la procédure ou du contrat. En effet, ces risques sont dits juridiques, car ils découlent d'une mauvaise application des règles de droit mais ils ne sont pas tous susceptibles de constituer des manquements. Leurs conséquences sont, en règle générale, contractuelles, car ils sont à l'origine de difficultés d'exécution.

Il en va ainsi de la mauvaise évaluation des besoins de l'autorité contractante. Elle se doit en effet de procéder à une évaluation satisfaisante de ses besoins. L'article L. 2111-1 du code de la commande publique impose à l'acheteur de définir avec précision la nature et l'étendue de ses besoins. Cette obligation se justifie par les conséquences découlant d'une mauvaise évaluation. En effet, la mauvaise évaluation comporte des risques tant au stade de la passation qu'au stade de l'exécution.

Au stade de la passation, la mauvaise évaluation des besoins pourrait conduire à la réception d'offres anormalement basses ou d'offres inacceptables (supérieures à l'estimation)¹¹². Or, ces dernières ne peuvent être écartées que si l'acheteur ne dispose pas de la capacité budgétaire suffisante pour financer le projet¹¹³. Le Conseil d'État a ainsi jugé que « *l'anormalité doit être flagrante selon le juge pour admettre une erreur manifeste d'appréciation* »¹¹⁴. En revanche, l'acheteur a l'obligation d'écarter une offre qu'il considère

¹¹¹ CE, 26 févr. 2020, *Sté JC Decaux France*, n° 436428, pt 10.

¹¹² Leslie Bonniou, « Les risques d'une mauvaise évaluation des besoins », *CP*, 2014, n° 140.

¹¹³ Réponse ministérielle du 22 août 2013, JO Sénat p.2441.

¹¹⁴ CE, 25 oct. 2013, n°370573, *Département de l'Isère*,

comme anormalement basse lorsque celle-ci contrevient au droit du travail, à la protection sociale et au droit de l'environnement¹¹⁵.

L'admission d'une offre inacceptable est également de nature à mettre en péril les deniers publics. Elle fait persister un risque d'atteinte à l'efficacité de la commande publique et à la bonne utilisation des deniers publics¹¹⁶.

En outre, l'acceptation ou le rejet d'une offre considérée comme anormalement basse fait courir un risque contentieux. En effet, la procédure de passation n'est pas à l'abri de recours portés par le candidat évincé dont l'offre a été rejetée ou par les concurrents évincés se prévalant du caractère anormalement bas de l'offre acceptée.

Au stade de l'exécution, la bonne marche du contrat peut être freinée par des retards répétés pouvant conduire à l'arrêt des prestations, faute pour le cocontractant de disposer de suffisamment de moyens¹¹⁷. L'acheteur peut rencontrer des difficultés dans l'application des pénalités. De plus, il peut se retrouver dans l'impossibilité de conclure des avenants visant à mieux calibrer les besoins, car de tels avenants pourraient être considérés comme irréguliers. Ces avenants viseraient en effet à intégrer des prestations non prévues par l'objet initial du marché et pourraient conduire à un dépassement des seuils. Cela fausserait la mise en concurrence initiale et causerait une modification substantielle du marché¹¹⁸.

Par ailleurs, les parties ne sont pas à l'abri du risque pénal, car la mauvaise évaluation et le réajustement a posteriori pourraient être constitutifs du délit de favoritisme¹¹⁹. Il en va de même pour l'attribution du contrat à un candidat dont l'offre était manifestement anormalement basse.

Il convient également de noter que le titulaire se doit de faire preuve de vigilance, car il ne peut invoquer le caractère anormalement bas de son offre à l'encontre de l'acheteur qui ne l'a pas écarté¹²⁰.

Il faudrait également indiquer que l'application de certaines règles de passation est souvent à l'origine de la mauvaise exécution du contrat. Valentin Lamy distingue notamment les « règles qui font peser un fort risque substantiel d'apparition de difficultés d'exécution » des

¹¹⁵ Directive 2014/24/UE du 26 février 2014, article 69 renvoyant à l'article 18.2.

¹¹⁶ Vincent Touchard, « Quels risques en matière d'offres anormalement basses ? », *CP*, 2013, n° 142.

¹¹⁷ *Idem*.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ Cass. crim. 17 octobre 2007, n°06-87.472.

¹²⁰ TA de Cergy Pontoise, 26 janvier 2012, N°340802.

« règles non vectrices de difficultés d'exécution, mais dont la mauvaise application, parfois fréquente, engendre de telles difficultés »¹²¹.

Dans la première catégorie, on retrouve essentiellement les appels d'offres et les motifs d'exclusion des candidats laissés à l'appréciation de l'acheteur. Les appels d'offres sont à l'origine de difficultés d'exécution dans la mesure où seul l'acheteur détermine le contenu du contrat. Les entreprises ne sont pas associées alors qu'elles ont une meilleure maîtrise des prestations à réaliser. Quant aux motifs d'exclusion des candidats laissés à l'appréciation de l'acheteur, leur imprécision est de nature à porter atteinte à la sécurité juridique lorsqu'elles conduisent à « l'exclusion d'un candidat dont les mauvaises performances passées dans l'exécution d'un contrat de la commande publique sont établies »¹²².

Dans la seconde catégorie, on rencontre la mauvaise définition du besoin, la stricte limitation du périmètre de la négociation, la pondération excessive du critère du prix et un allotissement démesuré, source de retard dans l'exécution.

Pour remédier à ces problèmes, l'auteur a notamment recommandé, entre autres, de « professionnaliser l'achat public », de codifier le sourçage et ses éléments essentiels, de « réduire le poids des critères financiers », d'« accentuer la discussion dans l'appel d'offres », « d'étendre le champ de la négociation »¹²³.

Par ailleurs, l'absence de discussion est souvent à l'origine de la mauvaise exécution du contrat¹²⁴. En effet, elle conduit, dans bien des cas, au dépôt d'offres inadaptées¹²⁵. Toutefois, en dépit de l'intérêt qu'elle revêt, la discussion comporte des risques pour l'autorité contractante tant pendant la passation que durant l'exécution du contrat.

En phase de passation, l'autorité contractante est confrontée au « risque de fuite accidentelle ou organisée d'informations relatives à ses procédures de passation », au « risque pénal du fait d'un manquement aux grands principes de la commande publique, et notamment d'impartialité et d'égalité de traitement des candidats », au « risque de comportement anticoncurrentiel du fait de discussions entre les candidats » et au « risque d'ouvrir à certains

¹²¹ Valentin Lamy, « Les liens entre règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics. Retour sur la deuxième enquête de la Chaire de droit des contrats publics », *JCPA*, 2021, n° 46, 2334.

¹²² *Idem.*

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ Benoît Dupuis, « Les risques de la discussion », *JCPA*, 2021, n° 46, 2343.

¹²⁵ *Idem.*

candidats, ou à d'autres tiers intéressés, des moyens supplémentaires de recours et d'annulation d'une procédure »¹²⁶.

En phase d'exécution, la personne publique peut être tentée de verser à son cocontractant un montant supérieur au montant qu'elle lui doit. Elle peut faire face aussi aux intérêts divergents de ces multiples interlocuteurs (maîtrise d'œuvre – entreprise – groupement). C'est la raison pour laquelle, « *[la discussion] doit être conduite à bon niveau et de bonne foi, étant généralement constaté que le comportement de chaque partie influence l'attitude de l'autre »¹²⁷.*

Au-delà, le risque juridique peut également provenir de procédures spécifiques. Malgré la souplesse qu'elle procure, la procédure adaptée est loin d'être dépourvue de tout risque. L'acheteur est en effet tenu de s'assurer du respect des principes de la commande publique¹²⁸. En effet, même s'il dispose d'une marge de manœuvre plus importante qu'en procédure formalisée, l'acheteur est soumis au respect des mesures de publicité et de mise en concurrence appropriées¹²⁹. « *La publicité choisie devra impérativement garantir une concurrence réelle entre les opérateurs »¹³⁰.* Pour rappel, la publicité est obligatoire au-delà de 40 000 € ; la publication au Bulletin officiel des annonces de marchés publics (BOAMP) ou au dans un journal d'annonces légales (JAL) s'avère nécessaire au-delà de 90 000 €. L'acheteur est également exposé à d'autres risques juridiques et contentieux lorsqu'il réalise une estimation insincère des besoins à satisfaire, établit un allotissement perçu comme du « saucissonnage » ou rédige le DCE de manière négligée¹³¹. C'est la raison pour laquelle les auteurs préconisent à l'acheteur de se soumettre à la procédure formalisée en cas de doute.

Vigilance du maître d'ouvrage en cas de sous-traitance. En cas de défaut de rémunération du sous-traitant non déclaré, le maître d'ouvrage a l'obligation de mettre en demeure le titulaire de régulariser sa situation lorsqu'il en a connaissance. À défaut, sa responsabilité est engagée¹³². Il peut être contraint de rémunérer le sous-traitant non déclaré à la place du titulaire¹³³. En outre, le maître d'ouvrage est tenu de s'assurer que le sous-traitant

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ *Idem.*

¹²⁸ Emmanuel Perois et Laurent Sery, « À quels risques peuvent s'exposer les acheteurs lorsqu'ils recourent aux MAPA ? », *CP*, 2017, n° 174.

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ *Idem.*

¹³¹ Emmanuel Perois et Laurent Sery, *art. cit.*.

¹³² CAA Nantes, 14 juin 2016, n° 14NT00819, *M. A.* ; CE, 28 mai 2001, n° 205449, *Société Bernard Travaux Polynésie*.

¹³³ Emmanuelle Babey, « Sous-traitance : quels risques pour le maître d'ouvrage », *CP*, 2017, n° 179.

s'acquitte de ses obligations sociales¹³⁴. Ainsi, il est fondé à faire une injonction au titulaire lorsque le sous-traitant ne réagit pas à des mises en demeure adressées par l'inspection du travail¹³⁵. À défaut d'injonction, sa responsabilité est engagée au même titre que celles du titulaire et du sous-traitant. Par ailleurs, les articles L.4532 et suivants du Code du travail imposent des obligations aux maîtres d'ouvrage en fonction de la catégorie des opérations à réaliser. Il est tenu notamment de veiller à la santé, à la sécurité et aux conditions de travail sous peine d'amendes.

Risques juridiques liés à la modification des contrats. La modification des contrats étant encadrée par le Code de la commande publique et les directives européennes de 2014, le risque de la novation du contrat remettant en cause la mise en concurrence initiale est le principal risque pouvant affecter l'exécution contractuelle. Au-delà du fait qu'une modification doit répondre à l'une des hypothèses prévues par le code¹³⁶ (modifications prévues par le contrat initial, travaux ou services supplémentaires devenus nécessaires, circonstances imprévues malgré la diligence de l'autorité contractante, substitution de cocontractant, modification de faible montant et modification non substantielle), la principale difficulté rencontrée en pratique aggravant l'éventualité du risque est celle de l'interprétation de la modification substantielle. Sur ce point, les précédents travaux de la Chaire apportent des éléments utiles pour relativiser l'ampleur d'un tel risque, à savoir les faibles taux de recours contre les modifications contractuelles en raison de la faible transparence des avenants ou de l'impossibilité pour le cocontractant de contester une modification unilatérale¹³⁷.

C. Les risques politiques

Criticité variable des risques politiques. Les risques politiques sont tous les risques liés à des contestations politiques menées par des élus ou par des citoyens à l'encontre d'un projet public. Ce risque est de plus en plus pris au sérieux depuis les contestations citoyennes de l'Écotaxe et de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes puisqu'ils peuvent mettre un terme purement et simplement au projet.

¹³⁴ Code du travail, art. L. 1262-4.

¹³⁵ Code du travail, art. L.8222-5, L.3245, L.8281-1 et R.8282-1, L.8254-2-1, L.4231-1.

¹³⁶ CCP, art. L. 2194-1 et s. (pour les marchés) et L. 3135-1 et s. (pour les contrats de concession).

¹³⁷ Voir : Chaire DCP, *La modification des contrats de la commande publique*, 2023.

En effet, l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes apparait comme le projet qui symbolise le mieux le risque politique auquel sont exposés l'administration et son cocontractant¹³⁸. Le gouvernement a annoncé y renoncer le 17 janvier 2018 face à l'opposition marquée des manifestants, regroupés en zones à défense (ZAD)¹³⁹. « *Le 17 novembre 2012, une grande manifestation avait rassemblé entre 13 500 et 40 000 personnes en soutien aux opposants au projet d'aéroport près de Nantes, mettant en échec l'opération « César ». Celle-ci avait mobilisé à partir d'octobre 2012 plus d'un millier de policiers et gendarmes dans le but d'expulser des militants anti-aéroport installés dans des fermes squattées* », rappelle Sud-ouest¹⁴⁰.

En outre, la contestation sociale a conduit à l'abandon d'un dispositif fiscal, en l'occurrence l'écotaxe *poinds lourds*, et par ricochet, à la résiliation pour motif d'intérêt général des marchés de partenariat signés par l'État. Adopté en 2009 dans le cadre du Grenelle 1¹⁴¹, la mise en œuvre de l'écotaxe a été maintes fois suspendue puis abandonnée en raison des vives contestations sociales qu'elle a suscitées, à l'instar du mouvement des « bonnets rouges » en Bretagne. Par conséquent, l'État a été condamné à indemniser les sociétés de télépéage, liées contractuellement au partenaire privé, sur le fondement de sa responsabilité sans faute¹⁴².

L'année 2023 a été jalonnée par l'opposition d'activistes écologiques à l'encontre de projets d'extension d'aéroports et d'autoroutes aux quatre coins de la France. À Lille, outre les marches qu'elle a organisées, l'association « Non à l'agrandissement de l'aéroport de Lille-Lesquin » a aussi lancé une pétition qui a récolté 16026 signatures (en cours). Elle bénéficie du soutien d'associations de défense de l'environnement à l'envergure nationale et internationale notamment de Greenpeace et Les Amis de la Terre. L'association Nada estime que le projet d'extension de l'aéroport s'avère « néfaste et inutile »¹⁴³. Financé à hauteur de 100 millions d'euros par une société concessionnaire regroupant Eiffage et Aéroport-Marseille-Provence, l'extension de Lille-Lesquin permettrait, selon ses promoteurs, à doubler le nombre de

¹³⁸ Gabriel Eckert, « Fin - Conséquences de la renonciation à la construction de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes », *Ctts et MP*, n° 2, Février 2019, comm. 54.

¹³⁹ *Idem*.

¹⁴⁰ AFP, « ZAD de Notre-Dame-des-Landes : manifestation pour les 10 ans de l'opération « César » », *SudOuest.fr*, 19 novembre 2022 à 19h35.

¹⁴¹ Loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement.

¹⁴² CAA Versailles, 16 déc. 2021, n° 18VE03215 ; Emmanuelle Maupin, « Écotaxe : l'État condamné à indemniser les sociétés de télépéage », *AJDA*, 2024.

¹⁴³ Eugénie Boilait, « Extension de l'aéroport de Lille : des associations manifestent contre un projet « anachronique et inutile » », *Le Figaro*, 11 mai 2023.

passagers, actuellement de 2 millions, d'ici 2039¹⁴⁴. Le projet fait l'objet d'oppositions alors qu'il a reçu en avril 2022 un avis favorable de la commission d'enquête ad hoc et a obtenu une autorisation environnementale délivrée par le préfet du Nord. Il fait cependant face à l'opposition des élus écologiques et de soixante maires du sud de Lille¹⁴⁵. Pour l'heure, le projet suit son cours, car le tribunal administratif de Lille a rejeté tous les recours déposés par les associations.

Le ministère de l'Intérieur a créé une « cellule anti-ZAD ». « *Cette équipe, composée de cinq juristes, a pour mission "d'accompagner" les préfets "afin de prévenir la constitution" de zones à défendre et "assurer leur démantèlement"* », comme le rapportait *France Info*¹⁴⁶. La cellule anti-ZAD a été créée en réaction aux événements survenus près de la *mégabassine* de Sainte-Soline¹⁴⁷.

Ces contestations politiques semblent de plus en plus courantes, portées par des considérations politiques écologiques. En effet, à Nice, 500 personnes ont manifesté sur la promenade des Anglais afin de s'opposer à l'agrandissement du terminal 2 de l'aéroport Nice Côte d'Azur¹⁴⁸. De plus, dans l'ouest de la France, le projet d'autoroute A69 devant relier Toulouse à Castres a mobilisé à son encontre, le 22 octobre dernier, plus de 10.000 manifestants à Saïx, selon le comptage des organisateurs¹⁴⁹. Des affrontements entre manifestants et forces de l'ordre ont eu lieu. Les bâtiments des opérateurs économiques liés au projet ont d'ailleurs été dégradés par les manifestants. « *La manifestation dans le Tarn contre le projet d'autoroute A69 a vu des éléments radicaux semer le chaos en marge des cortèges* »¹⁵⁰, constate *France Info*. Un militant écologiste a fait quarante jours de grève de la faim en signe de protestation contre l'abattage des arbres d'alignement. Le projet d'autoroute A69 demeure contesté en dépit

¹⁴⁴ *Idem.*

¹⁴⁵ *Idem.*

¹⁴⁶ Voir l'actualité sur France Info, publiée le 5 octobre 2023 : https://www.francetvinfo.fr/faits-divers/police/une-cellule-anti-zad-creee-au-sein-du-ministere-de-l-interieur-pour-empêcher-la-mise-en-place-de-zones-a-defendre_6103206.html.

¹⁴⁷ Antoine Albertini, Rémi Barroux, Arthur Carpentier, Sandra Favier, Samuel Laurent, Stéphane Mandard et Abel Mestre, « Sainte-Soline : retour sur un affrontement et ses zones d'ombre », *Le Monde*, 1^{er} avril 2023 : https://www.lemonde.fr/planete/article/2023/04/01/sainte-soline-retour-sur-un-affrontement-et-ses-zones-d-ombre_6167860_3244.html.

¹⁴⁸ Julien Raymond, « 500 personnes manifestent contre les travaux d'extension du terminal 2 de l'aéroport de Nice », *France Bleu Azur*, 18 mars 2022.

¹⁴⁹ 2400 selon la préfecture.

¹⁵⁰ « Projet d'autoroute A69 : des débordements en marge de la manifestation », *France Info*.

de la déclaration d'utilité publique et de l'autorisation environnementale¹⁵¹ dont il a bénéficié. Comme le précise Arnaud Gossement, « [p]ar un arrêté conjoint du 1^{er} mars 2023, le préfet de la région Occitanie, le préfet de la Haute-Garonne et le préfet du Tarn, ont autorisé la société concessionnaire - désignée par le décret n°2022-599 du 20 avril 2022 - à réaliser les travaux et à déroger à l'interdiction de destruction des espèces protégées ». De plus, les recours portés devant le Conseil d'État afin d'annuler le décret entérinant la déclaration d'utilité publique ont été rejetés en 2018¹⁵². Les référés-libertés intentés par les associations de défense de l'environnement, opposées à l'abattage des arbres, ont connu le même sort¹⁵³. Les demandes de suspension de l'autorisation environnementale portées devant le juge des référés toulousain ont également été éconduites¹⁵⁴.

Tout ceci amène la doctrine à la conclusion suivante : il existe aujourd'hui une « difficulté toujours plus intense à mener à bout de grands projets, quoi que l'on pense de leurs bienfaits respectifs (Notre-Dame des Landes, Europa City, Barrage de Sivens ...) »¹⁵⁵. La contestation sociale des grands projets publics s'explique, selon Arnaud Gossement, par le décalage entre la période de leur conception et le moment de leur autorisation. Prenant l'A69 pour exemple, il estime que le moment de son approbation, en l'occurrence 1994, dénote avec la période de son autorisation et de son exécution où les questions de préservation des écosystèmes et de dérèglement climatique sont au cœur de l'actualité¹⁵⁶. Ceci soulève la question de la temporalité et des méthodes de conception des grands projets. L'auteur précité considère toutefois que l'État envoie un mauvais signal aux « autres projets - même ceux qui sont plus consensuels » lorsqu'il décide de céder face aux manifestants. Tous ces projets se trouvent « fragilisés » car pouvant être « remis en cause »¹⁵⁷.

Par ailleurs, le fait pour le juge de considérer la décision d'une personne publique de renoncer à la poursuite d'un projet en cours d'exécution comme une résiliation pour motif d'intérêt général semble de moins en moins faire l'unanimité au sein de la doctrine. Cela

¹⁵¹ Arnaud Gossement, « Autoroute A 69 : un projet autorisé au titre du code de l'environnement, critiqué au nom de la protection de l'environnement », *Blog Gossement*, 14 octobre 2023.

¹⁵² CE, 5 mars 2021, n° 424323.

¹⁵³ TA Toulouse, 24 mars 2023, ordonnance n° 2301521 et CE, 19 avr. 2023, n° 472633, cités in Arnaud Gossement, *art. cit.*.

¹⁵⁴ TA Toulouse, ord., 1^{er} août 2023, *Association France Nature Environnement et autres*, n° 30323 ; TA Toulouse, 6 oct. 2023, *Groupe national de surveillance des arbres*, n° 230714, cités in Arnaud Gossement, *art. cit.*.

¹⁵⁵ Christophe Roux, « Théorie du bilan : 50 ans à l'est d'Éden », *Dr. adm.*, n° 7, Juillet 2021, alerte 97.

¹⁵⁶ Arnaud Gossement, *art. cit.*.

¹⁵⁷ *Idem.*

tendrait en effet à dénaturer la résiliation pour motif d'intérêt général par l'extension à l'infini de la notion d'intérêt général et à préjudicier aux intérêts du cocontractant privé, dont l'indemnisation se trouve limitée. Marion Ubaud-Bergeron soulignait à cet effet que « *si, évidemment, il n'appartient pas au juge de se prononcer sur l'opportunité des choix politiques du Gouvernement [en l'espèce], ces solutions posent la question du contrôle exercé sur un tel motif dans le cas d'une renonciation politique à un projet* »¹⁵⁸.

D. Les risques administratifs

Criticité des risques administratifs. Les risques administratifs sont l'ensemble des risques liés à la délivrance d'autorisations administratives (comme les autorisations d'urbanisme ou les autorisations environnementales), ainsi que les risques liés aux déclarations d'utilité publique. La conséquence de refus d'une autorisation administrative, par exemple, l'ensemble du projet public peut être remis en cause, jusqu'à la compatibilité du projet avec le droit en vigueur (droit de l'urbanisme ou droit de l'environnement par exemple). Dans ce cas-là, la criticité du risque est plus modérée et n'aura pour conséquence, non pas la fin du projet, mais des répercussions sur l'économie du contrat pour le titulaire.

E. Les risques pénaux

Criticité majeure des risques pénaux. Les risques pénaux sont également de haute criticité en raison de leurs conséquences sur le contrat et sur les personnes physiques et morales mises en cause¹⁵⁹. Si le risque pénal n'est peut-être pas gérable par contrat, le contrat, lui, peut être affecté par le risque pénal. L'autorité contractante doit veiller, dans la rédaction des documents et la définition de ses besoins, à ce que des personnes ne soient pas arbitrairement écartées au profit de certains candidats (dont elle est proche ou contactés pour le sourçage) ou d'ex-AMO. L'existence du risque pénal astreint la personne publique à une vigilance accrue et à une provision pour contentieux plus importante. En outre, le risque – ou

¹⁵⁸ Marion Ubaud-Bergeron, « Affaire de l'écotaxe : quand la responsabilité sans faute vient au secours du tiers au contrat administratif », *Ctts et MP*, n° 3, Mars 2022, comm. 81.

¹⁵⁹ À noter que la Loi Sapin 2 prévoit l'instauration pour certaines personnes morales de droit privé et de droit public d'une cartographie des risques de corruption et d'atteintes à la probité.

la crainte – d'un délit de favoritisme peut contraindre très fortement les parties au stade de la modification des contrats. Depuis la loi du 3 janvier 1991 créant le délit dit de favoritisme¹⁶⁰, le droit de la commande publique fait l'objet d'une pénalisation importante. Le risque pénal s'est considérablement accru en raison de la multiplication des agissements pouvant constituer des infractions portant atteinte à la probité. Si la prise illégale d'intérêts et le favoritisme font partie des infractions les plus couramment évoquées, les cas de concussion, de corruption passive, de trafic d'influence et de détournement de biens publics sont loin d'être isolés. Toutes ces infractions sont naturellement assorties de sanctions pénales et de peines complémentaires allant de :

« [...] l'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise » aux « mesures d'exclusion de plein droit, pour une durée de cinq ans, des procédures de passation des marchés publics et des contrats de concession pour les personnes condamnées soit pour l'infraction principale, soit pour le recel de celle-ci. »¹⁶¹

Le délit d'octroi d'avantage injustifié, communément qualifié de délit de favoritisme, est prévu à l'article 432-14 du Code pénal. Sophie Corioland relève que *« le délit se caractérise par un champ d'application particulièrement large, ce qui en fait une incrimination redoutée des opérateurs économiques. »¹⁶²* Néanmoins, l'élasticité du délit qui peut laisser croire à une « sévérité apparente » n'est pas statistiquement perceptible. Sophie Corioland souligne à cet effet que *« selon l'Agence française anticorruption, en 2019, seules trente-cinq condamnations ont été prononcées sur le fondement de l'article 432-14, un chiffre stable par rapport aux années précédentes », car « peu d'affaires donnent finalement lieu à des poursuites pénales »¹⁶³.*

Le champ d'application de la prise illégale d'intérêts paraît tout aussi étendu, notamment dans sa dimension organique. En effet, le juge a élargi la notion de personne chargée d'une mission de service public, augmentant de facto le nombre d'acteurs susceptibles d'être incriminés. Il considère en ce sens que devait *« être regardée comme chargée d'une mission de service public [...], toute personne chargée, directement ou indirectement, d'accomplir des*

¹⁶⁰ Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 modifiée relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publication et de mise en concurrence.

¹⁶¹ Sophie Corioland, « Commande publique et risque pénal », *AJ Pénal*, 2022, p. 563.

¹⁶² *Idem.*

¹⁶³ *Idem.*

actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général, peu importe qu'elle ne disposât d'aucun pouvoir de décision au nom de la puissance publique »¹⁶⁴. Cette interprétation large suscite logiquement l'inquiétude des personnes publiques, notamment des élus locaux.

A contrario, si au départ un « *intérêt quelconque* » suffisait dans la caractérisation du délit, cet intérêt doit désormais être « *de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité* ». De plus, la loi 3DS du 21 février 2022 a institué « *une présomption simple d'absence d'intérêt délictueux* » pour les élus locaux lorsqu'ils représentent leurs collectivités au sein de certains organes¹⁶⁵). Mais l'article L. 1111-6 du CGCT prévoit les exceptions à cette présomption.

Le sourçage est particulièrement à risque. En effet, le *sourçage* se définit comme la possibilité offerte aux acheteurs en amont de la procédure envisagée des « *d'effectuer des consultations ou [de] réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences* »¹⁶⁶. Consacré par le décret n°2016-360 du 25 mars 2016, le sourçage, sourçage en français, doit cependant être pratiqué avec prudence eu égard au risque de délit d'octroi d'un avantage injustifié qu'il fait courir, dans la mesure où le sourçage consiste en « *rapprochement entre l'acheteur public et de potentiels candidats préalablement à la consultation* »¹⁶⁷. C'est la raison pour laquelle les candidats ayant participé au sourçage et les autres candidats doivent disposer des mêmes informations¹⁶⁸.

L'article 5 du décret susmentionné oblige l'acheteur à prendre toutes les mesures lui permettant d'éviter que les candidats consultés lors de la phase de sourçage puissent jouir d'un avantage injustifié. Le tribunal administratif de Paris a ainsi affirmé, dans une ordonnance du 26 avril 2010, *Société TFN Bâtiment* (req. n°1006297), que le fait pour un candidat de disposer d'informations privilégiées transmises par l'acheteur lors de la préparation de la consultation et non transmises aux autres candidats constitue une rupture d'égalité de traitement entre les candidats. Les informations partagées durant le sourçage doivent par conséquent être mises à la disposition de tous les candidats dans les documents de la passation¹⁶⁹. De même, l'acheteur ne saurait reprendre toutes les propositions faites par les candidats approchés¹⁷⁰.

¹⁶⁴ *Idem*.

¹⁶⁵ Voir : CGCT, art. L.1111-6, I.

¹⁶⁶ CCP, art. R2111-1.

¹⁶⁷ Matthieu Hénon et Sonia Kanoun, « Sourcing et risque pénal », CP, 2018, n° 185.

¹⁶⁸ *Idem*.

¹⁶⁹ *Idem*.

¹⁷⁰ *Idem*.

§II. Les risques de criticité modérée : risques affectant l'économie générale du contrat

Risques de criticité modérée. Les risques dont la criticité est modérée sont ceux dont les conséquences se répercutent sur l'économie générale du contrat, en particulier par le rehaussement significatif des coûts pour l'une des parties ou le gain plus important que celui initialement prévu (« sur-bénéfice », dans le cadre des concessions). Ce sont principalement les risques climatiques (C.), les risques environnementaux (comme les risques de pollution et de dépollution), les risques techniques d'une certaine importance financière (tels que les risques des sols et des sous-sols), les risques d'inexécution ou de défaillance de l'une des parties (du cocontractant dans le cadre des prestations à fournir, ou de l'autorité contractante dans le cadre du paiement), les risques d'évolution normative prévisible, certains risques numériques (comme le respect du RGPD ou la protection des données des candidats et de leurs offres) (B.) ou encore le risque d'exploitation (A.).

A. Le risque d'exploitation

Criticité des risques d'exploitation. Concernant le risque d'exploitation, comme précisé *supra*, si le critère de « rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation » a disparu des définitions, il n'en demeure pas moins, comme le souligne Thomas Pez, qu'un lien évident existe entre le droit d'exploiter (l'essence d'une concession), la rémunération et le risque. La jurisprudence de la CJUE en atteste¹⁷¹. Il en va de même pour le Conseil d'État : « dans la jurisprudence française, le risque d'exploitation est un indice de la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation^[172] assumés par le concessionnaire, le risque d'exploitation suppose une « réelle exposition aux aléas du marché ». Le risque doit être réel, même s'il peut être limité. Pour autant, « toute perte » estimée ou potentielle « supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable ». En clair,¹⁷³ « Le risque doit être réel, il ne doit pas être purement nominal ou

¹⁷¹ CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen*, pt 40; CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-206/08, *WAZV Gotha c/ Eurawasser*, pts 59 et 68 ; CJCE, 15 oct. 2009, n° C-196/08, *Acoset SpA*, pt 39.

¹⁷² CE, 7 nov. 2008, n° 291794, *Département de la Vendée*.

¹⁷³ Thomas PEZ, « Le risque, les concessions et les marchés », *RFDA*, 2016, p. 237.

négligeable mais cela n'empêche pas qu'il puisse être réduit dès lors qu'il n'est pas éliminé. Sont ainsi pris en compte les mécanismes de couverture du risque dans les contrats de gestion déléguée (y compris ceux jouant sur la durée de la convention) »¹⁷⁴. Dans une décision du 5 juin 2009, Société Avenance-Enseignement et Santé, le Conseil d'État considère que la Cour administrative d'appel « n'a pas commis d'erreur de droit ni d'erreur de qualification juridique en jugeant que la rémunération du co-contractant de la commune, en l'absence de réel risque d'exploitation, ne pouvait être regardée comme étant substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation et que le contrat était en conséquence constitutif d'un marché public et non d'une délégation de service public »¹⁷⁵. Le risque réel d'exploitation est ainsi confirmé comme indice de la rémunération caractéristique des délégations et concessions. Il ne saurait en aucun cas être intégralement compensé par des soutiens publics.

Dans un arrêt *Commune de Toulouse* rendu le 24 mars 2022, le Conseil d'État a pourtant admis le caractère concessif d'une convention par laquelle une collectivité territoriale confiait à une association la gestion d'un musée, en dépit du soutien financier et régulier apporté, au motif que ce soutien ne suffit pas à garantir l'équilibre financier du contrat et fait perdurer un transfert de risque d'exploitation pour le cocontractant¹⁷⁶. Le rapporteur public de l'affaire, Mme Mireille Le Corre, soutient à cet effet dans ses conclusions que :

« Même si le risque est faible, il existe et il est supporté par l'association » dans la mesure où « la subvention n'est jamais définie comme une subvention d'équilibre, visant à compenser les charges de l'activité. »¹⁷⁷

Par ailleurs, Thomas Pez identifie plusieurs composantes du risque d'exploitation du concessionnaire. Il s'agit notamment du risque de dépenses, du risque de résultat, du risque de recettes, du risque lié à la demande et du risque lié à l'offre.

Cependant, le risque d'exploitation ne comprend pas les risques inhérents à tous les contrats c'est-à-dire les risques liés à des cas de force majeure ou d'imprévision, comme écartés

¹⁷⁴ *Idem.*

¹⁷⁵ CE, 5 juin 2009, n°298641.

¹⁷⁶ Gabriel Eckert, « Service public et risque d'exploitation dans le cadre de la gestion muséale », comm. sous CE, 24 mars 2022, *Commune de Toulouse*, n° 449826, *Ctts et MP*, 2022, n° 6, comm. 174 ; Emmanuelle Maupin, « Contrôle de la qualification juridique des faits constitutifs d'un transfert du risque », note sous CE, 24 mars 2022, n° 449826, *Commune de Toulouse*, *AJDA*, 2022, p. 658.

¹⁷⁷ Mme Mireille LE CORRE, conclusions sur CE, , 24 mars 2022, n° 449826, *Commune de Toulouse*.

ci-haut, les risques liés à un manquement aux obligations contractuelles ou à une inexécution des obligations contractuelles¹⁷⁸, les risques liés à une mauvaise gestion.

B. Les risques numériques de criticité modérée

Risques RGPD. Par ailleurs, les risques liés au respect du RGPD peuvent emporter de lourdes conséquences financières sur les parties puisqu'elles sont calculées au regard du chiffre annuel mondial de l'entreprise mise en cause. Ceci est d'autant plus délicat que, comme l'a relevé la Chaire dans son précédent rapport sur la *Digitalisation de la commande publique*, de nombreuses incertitudes demeurent en pratique sur le respect du RGPD dans les marchés publics et les concessions, en particulier quant à la répartition des rôles et des responsabilités entre les différents intervenants dans un projet, tel que l'identification du sous-traitant de données personnelles¹⁷⁹.

Donnant lieu à la réception et au traitement de données lors de leur exécution, les contrats de la commande publique sont de ce fait soumis au règlement européen relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données¹⁸⁰, communément appelé RGPD. Olivier Giannoni établit à ce titre une hiérarchisation des contrats en fonction de leur objet. L'obligation de protection des données personnelles s'avère plus prégnante dans les « *contrats dont l'objet même est relatif aux données* » et un peu moins forte dans les « *contrats dont l'exécution suppose la constitution de bases de données avec les coordonnées de personnes physiques* »¹⁸¹. Le non-respect des dispositions contraignantes du règlement est susceptible d'entraîner le versement de pénalités infligées par la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL)¹⁸². En outre, le choix de l'État d'hébergement ou de traitement des données récoltées doit tenir compte du respect par cet État du RGPD ou d'une législation protectrice équivalente¹⁸³.

¹⁷⁸ Les directives s'écartent de la décision CJUE, 10 mars 2011, C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*.

¹⁷⁹ Voir : François Lichère (dir.), *La digitalisation de la commande publique*, Chaire de droit des contrats publics, décembre 2023, disponible sur le site de la Chaire.

¹⁸⁰ Directive 2016/679/UE du 27 avril 2016.

¹⁸¹ Olivier Giannoni, « La maîtrise et la protection des données des contrats de la commande publique : synthèse de l'atelier n° 3 », *JCP A*, n° 51-52, 2023, 2398.

¹⁸² Idem.

¹⁸³ Idem.

Par ailleurs, l'autorité contractante et le sous-traitant doivent prendre toute la mesure de leurs rôles respectifs de « responsable du traitement » et de « sous-traitant » des données¹⁸⁴. Il convient à ce propos de faire :

*« [...] attention aux groupements momentanés d'entreprises où les rôles et responsabilités de chacun en matière de données personnelles, et notamment du mandataire surtout s'il est solidaire, doivent être précisés par exemple au sein d'une convention de groupement. »*¹⁸⁵

Le sort des données en fin de contrat, notamment dans les concessions de service public, ne saurait se régler hors du champ du régime des biens de retour, selon Jean-François Lafaix¹⁸⁶. Le Conseil d'État a intégré dans ledit régime composé des biens indispensables à la continuité du service public, les biens incorporels. La compatibilité des données avec le régime des biens de retour se pose. En effet, aux termes de l'article L.3131-2 du code de la commande publique, « lorsque la gestion d'un service public est concédée, le concessionnaire fournit à l'autorité concédante, sous format électronique, dans un standard ouvert librement réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé, les données et les bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public faisant l'objet du contrat et qui sont indispensables à son exécution ». Ne sont pas prises en compte les données « collectées ou produites antérieurement, puis intégrées au cours de l'exécution et nécessaires au fonctionnement du service public », comme le constate Jean-François Lafaix. Or, le périmètre des biens de retour devrait logiquement s'étendre à ces données. De même, le caractère d'ordre public du régime contraste avec la possibilité offerte au concédant par l'article L.3131-3 d'exonérer son cocontractant de cette obligation de fourniture en se fondant sur des motifs d'intérêt général.

Risque sur les données des candidats. Un autre risque numérique peut exister et entraîner des répercussions sur l'économie générale du contrat en pouvant altérer la mise en concurrence et l'égalité des traitements entre les candidats dès lors que l'un d'eux réussit à obtenir certaines informations sur les autres candidatures et offres. Ceci peut, éventuellement, affecter les prix et les prestations proposés par l'opérateur économique en cause.

¹⁸⁴ Repris par le CCAG-Travaux, 2021.

¹⁸⁵ Jean-Marc Peyrical, « La maîtrise et la protection des données liées aux contrats de la commande publique : approche pratique », *JCP A*, n° 51-52, 2023, 2397.

¹⁸⁶ *Idem*.

L'administration est tenue de veiller à la protection des données transmises par les candidats dans leurs offres dans la mesure où « *une fuite des données entre candidats d'une même procédure est non seulement une atteinte au principe d'égalité mais porte une atteinte à la liberté de la concurrence* »¹⁸⁷. La Cour de cassation considère à cet effet que l'acheteur porte atteinte aux principes sus énoncés lorsqu'il réceptionne les offres des soumissionnaires par le biais de courriels non sécurisés¹⁸⁸. L'acheteur est par conséquent tenu de disposer d'un « profil d'acheteur crypté », qui s'avère « consubstantielle de l'obligation de mise en concurrence » et au-delà de celle de « confidentialité »¹⁸⁹. Cette dernière obligation se prolonge lors de l'exécution du contrat. L'article L. 2132-1 du Code de la commande publique dispose en effet que :

« L'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles dont il a eu connaissance lors de la procédure de passation, telle que celles dont la divulgation violerait le secret des affaires, ou celles dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques, telle que la communication en cours de consultation du montant total ou du prix détaillé des offres. »

C. Les risques climatiques

Risques d'intempéries. Enfin, à titre de dernière illustration, les risques climatiques peuvent être des risques d'une certaine ampleur économique au regard des pénalités qu'ils peuvent engendrer. Le juge administratif a encadré la possibilité pour le titulaire de se prévaloir des intempéries survenues en cours de chantier pour justifier les retards d'exécution et la prolongation du délai d'exécution. Dans un arrêt rendu le 13 octobre 2004¹⁹⁰, le Conseil d'État a précisé :

« qu'il résulte des stipulations du deuxième alinéa de l'article 19.2.3. du cahier des clauses administratives générales (CCAG travaux de 2009, NDLR ; devenu article 18.2.3 du CCAG travaux de 2021), auxquelles l'article 4-2 du cahier des clauses administratives particulières applicables au marché litigieux n'a pas entendu

¹⁸⁷ Olivier Giannoni, *art. cit.*.

¹⁸⁸ Cass., Civ. 1^{ère}, 27 novembre 2019, n° 18-22.525.

¹⁸⁹ Olivier Giannoni, *art. cit.*.

¹⁹⁰ CE, 13 octobre 2004, n°248319, *Société générale des entreprises Quillery Batiment*.

déroger, que la prolongation du délai d'exécution qu'il prévoit est subordonnée, non seulement à la satisfaction des critères prévus à cet effet par le cahier des clauses administratives particulières, mais aussi à la condition que les intempéries et autres phénomènes naturels qu'il vise aient effectivement entravé l'exécution des travaux ; qu'il appartient ainsi à l'entrepreneur, lorsqu'il entend se prévaloir de ces stipulations, de solliciter auprès du maître de l'ouvrage, en vue de l'édiction par ce dernier des ordres de service prévus par les mêmes stipulations, la constatation contradictoire, à l'occasion notamment des réunions de chantier, des difficultés rencontrées dans l'exécution des travaux. »

Cette solution a récemment été reprise par la CAA de Toulouse¹⁹¹. Sur cette question d'intempéries, la CJUE, dans sa décision du 7 décembre 2023, a eu l'occasion récemment de préciser que des intempéries habituelles, aisément prévisibles, ne sauraient permettre une quelconque modification du contrat formelle ou non (à l'exception de prévoir des clauses de réexamen spécifiques dans le contrat initial) au titre de circonstances imprévues malgré la diligence de l'acheteur¹⁹². En effet, comme l'explique la Cour :

« La diligence dont doit avoir fait preuve le pouvoir adjudicateur pour pouvoir se prévaloir de cette disposition exige notamment que celui-ci ait pris en considération, lors de la préparation du marché public concerné, les risques de dépassement du délai d'exécution de ce marché induits par des causes de suspension prévisibles, telles que les conditions météorologiques habituelles ainsi que les interdictions réglementaires d'exécution de travaux publiées à l'avance et applicables durant une période incluse dans la période d'exécution dudit marché, de telles conditions météorologiques et interdictions réglementaires ne pouvant justifier, lorsqu'elles n'ont pas été prévues dans les documents qui régissent la procédure d'attribution de marché public, l'exécution des travaux au-delà du délai fixé dans ces documents ainsi que dans le contrat initial de marché public. »

Dès lors, pour éviter d'exposer les parties à des risques inutiles, notamment par le rallongement de la durée d'exécution des travaux (formelle ou non, par exemple en ne déclenchant pas les pénalités de retard à la suite d'une réception tardive des travaux sans

¹⁹¹ CAA Toulouse, 18 octobre 2022, n°20TL23848.

¹⁹² CJUE, 7 déc. 2023, aff. C-441/22 et C-443/22, *Zamestnik-ministar*.

avenant préalable), prévoir des clauses de réexamen pour les risques d'intempérie ou d'interruption de chantier est primordial.

C. Les risques de criticité mineure : autres risques perturbant l'exécution du contrat

Risques de faible criticité. Les risques de faible criticité n'ont pas pour vocation de déséquilibrer l'économie générale du contrat ou de remettre en cause le contrat lui-même. En réalité, ce sont des risques régulièrement assumés par les parties qui, en raison de leur occurrence ou de leurs faibles effets sur le contrat, sont suffisamment maîtrisés et dont la gestion est plus aisée que pour les autres risques. Ils peuvent, pour autant, emporter des conséquences financières sur les cocontractants, notamment en raison de pénalités éventuelles (notamment si le risque entraîne un retard dans l'exécution contractuelle) ou à raison des modifications opérationnelles que devra mettre en œuvre un titulaire. Ne sont pas ici pris en considération des risques qui ont de faibles répercussions financières ou qui ont été couverts par des provisions ou des garanties comme des assurances. Ce sont principalement des risques opérationnels et techniques de faible ampleur ou ayant été provisionnés (par exemple : augmentation du nombre de visites sur place ou de réunion à condition que ceci ait été anticipé par le titulaire dans son offre en capitalisant le risque dans son prix), des risques sociaux (comme des mouvements de grèves ponctuels), des risques de sécurité au travail ou encore de certains risques numériques.

Risques sociaux. S'agissant des risques sociaux, les agents du cocontractant de l'administration disposent, comme tout travailleur du privé et quasiment tout agent public, du droit de se mettre en grève. L'exercice de ce droit peut cependant être limité lorsque la prestation consiste en l'exécution d'un service public. Ce droit doit alors être concilié avec le principe de continuité du service public¹⁹³. Dans un arrêt en date du 5 avril 2022, le Conseil d'État a précisé à cet effet que le ministre en charge des transports est compétent pour encadrer le droit de grève des agents des concessionnaires d'autoroutes¹⁹⁴. S'appuyant sur sa jurisprudence Dehaene¹⁹⁵, il considère que l'autorité responsable du service, en l'occurrence le ministre des Transports,

¹⁹³ Cons. const., 25 juillet 1979, n° 79-105 DC, Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail.

¹⁹⁴ CE, 5 avr. 2022, n° 450313, *Syndicat CGT de la société Cofiroute*.

¹⁹⁵ CE, ass., 7 juill. 1950, *Dehaene* : RDP 1950, p. 691, concl. Gazier. – CE, ass., 12 avr. 2013, n° 329570, *Féd. Force Ouvrière Énergie et Mines e. a.* : JurisData n° 2013-006760 ; RFDA 2013, p. 637, concl. F. Aladjidi ; AJDA 2013, p. 1052, chron. X. Domino et A. Bretonneau.

est fondée à réglementer le droit de grève en l'absence de toute législation afin « *d'en éviter un usage abusif, ou bien contraire aux nécessités de l'ordre public ou aux besoins essentiels du pays* ». Ainsi, si dans l'arrêt *Fédération Force ouvrière Énergie et Mines*¹⁹⁶, le Conseil d'État a considéré que l'encadrement du droit de grève des agents de personnes privées en charge d'un service public était du ressort de leurs dirigeants, il a tenu à nuancer sa solution en exfiltrant les sociétés concessionnaires d'autoroute de ce régime¹⁹⁷.

Toutefois, la responsabilité contractuelle du titulaire d'un marché public peut être engagée en cas de grève de ses agents. Le retard occasionné peut conduire à la résiliation du marché¹⁹⁸ dans les marchés de travaux et à la résiliation pour faute lorsqu'il s'agit de marchés de fournitures ou de services¹⁹⁹.

Par ailleurs, la responsabilité du titulaire peut être exonérée si la grève est considérée comme étant un cas de force majeure. Il ressort de la jurisprudence du Conseil d'État qu'une grève peut être qualifiée de force majeure si elle est extérieure aux parties, si l'entrepreneur ne pouvait l'éviter ou y mettre fin et « si elle a constitué pour lui un obstacle insurmontable à l'accomplissement de ses obligations »²⁰⁰. Les grèves déclenchées sans préavis ne relèvent pas de la force majeure²⁰¹.

Pour procéder à la résiliation d'un contrat en raison d'une grève, l'autorité contractante doit apporter les preuves matérielles témoignant des conséquences négatives de la grève sur l'exécution du marché²⁰². L'auteur estime cependant que les partis peuvent anticiper les risques liés au déclenchement d'une grève en prévoyant dans le CCAP des clauses visant à réduire ses conséquences à savoir « *[l'instauration d'un] service minimum [l'] allongement du délai de réalisation sous certaines conditions financières* »²⁰³. D'où la faible criticité de ce risque en pratique.

Risques numériques de criticité mineure. Sur les risques numériques, peuvent être pris en compte, ici, non pas les risques RGPD (dont les sanctions relèvent plus précisément

¹⁹⁶ CE, ass., 12 avr. 2013, n° 329570, *Féd. Force Ouvrière Énergie et Mines e. a., préc.*

¹⁹⁷ Etienne Muller, « Concessions - Compétence du ministre chargé des transports pour réglementer le droit de grève sur les autoroutes concédées », Cts et MP, 2022, 178.

¹⁹⁸ CCAG Travaux, art. 46.

¹⁹⁹ CCAG FCS, art. 32.

²⁰⁰ CE, 27 janv. 1909, n° 17614, *Compagnie des messageries maritimes*.

²⁰¹ CE, 16 juin 1989, n° 39242, *Société des grands travaux de l'Est*.

²⁰² CAA Versailles, 26 juin 2012, *Europe Service Propreté*, n° 10VE00725).

²⁰³ « Grève et marchés publics », *Légibase*, 2016.

du risque à criticité modérée au regard de leur montant), mais les risques de cyberattaque. Dans la deuxième édition de son baromètre national sur la data dans les territoires publiée fin 2023, l'observatoire Data Publica a révélé qu'« une collectivité sur cinq déclare avoir déjà subi une cyberattaque »²⁰⁴. Poursuivant, l'étude indique que « seuls 6% des répondants pensent que leur structure n'est "probablement pas" exposée à des attaques cyber »²⁰⁵. Au regard de ces taux, le risque de cyberattaque mérite plus d'attention eu égard à la « *vulnérabilité de l'informatique administrative qui tourne souvent en mode « bricolage » compte tenu des contraintes budgétaires* » et qui « *offre un terrain de jeu idéal pour les malfaisants* »²⁰⁶. Les « portes d'entrée » vers le système d'information des administrations s'accroissent du fait de la dématérialisation des procédures²⁰⁷ et de la possibilité offerte aux agents de faire du télétravail²⁰⁸. Les collectivités territoriales²⁰⁹ et plus spécifiquement les hôpitaux publics constituent en cela des « victimes de choix »²¹⁰. Selon Jean-François Gazon, « *[d]epuis le début de l'année [2021], chaque semaine, un hôpital est victime d'une cyberattaque* »²¹¹. Prisés par les *hackers*, les dossiers médicaux se monnaieraient sur « entre 200 et 250 € » sur le « *dark web* »²¹².

En plus du vol de leurs données personnelles, elles peuvent être aussi victimes de demandes de rançon. Jean-Marc Peyrical souligne à cet effet que « les collectivités publiques [sont] particulièrement concernées par le phénomène [et] représentent ainsi un quart des demandes de rançon »²¹³. L'Agence nationale de la sécurité des systèmes d'information (ANSSI) recommande cependant aux collectivités de ne point céder à ces demandes²¹⁴. Or, le risque de divulgation des données personnelles est bel et bien présent lorsque les collectivités ne donnent pas de suite favorable à ces demandes. La responsabilité des personnes publiques

²⁰⁴ Dataactivist, *Deuxième édition du baromètre national sur la data dans les territoires par l'observatoire Data Publica et ses partenaires*, 2023, disponible en ligne sur : <https://enquete.data-publica.eu/rapport/Rapport.html>.

²⁰⁵ *Idem.*

²⁰⁶ Philippe Yolka, « Dans les – sombres – forêts de Cyberie - (personnes publiques et malveillance informatique) », *JCP A*, N° 43, 2022, act. 651.

²⁰⁷ Prévu par l'article 22 de la directive 2014/24/UE marché publics du 26 février 2014.

²⁰⁸ Philippe Yolka, *art. cit.*.

²⁰⁹ SMACL, « Collectivités territoriales - S'enrichir des retours d'expérience des collectivités victimes de cyberattaques - Entretien par Sébastien Simonin et Jean-Louis Heno », SMACL.fr, 2021.

²¹⁰ Jean-François Gazon, « Cyberattaques : les acheteurs publics manquent d'assurance (1/2) », *Achat-public.info*, 2021.

²¹¹ *Idem.*

²¹² *Idem.*

²¹³ Jean-Marc Peyrical, « La maîtrise et la protection des données liées aux contrats de la commande publique : approche pratique », *JCP A*, n° 51-52, 2023, 2397.

²¹⁴ SMACL, *art. cit.*.

pourrait être engagée devant le juge administratif, ce qui conduirait à l'émergence d'un nouveau contentieux similaire aux recours exercés devant le juge judiciaire à l'encontre des fournisseurs d'accès à internet²¹⁵. De même, la responsabilité civile personnelle, voire pénale des élus ou des agents de la collectivité victime peut être recherchée²¹⁶.

Pour en revenir à la commande publique, il convient de relever que « *l'ensemble du processus d'achat [hormis les marchés de faible montant] est concerné [par le risque de cyberattaque] : de la définition du besoin, à la recherche des entreprises, en passant par les dossiers de consultation des entreprises, l'exécution du contrat* »²¹⁷

Les grandes entreprises ayant renforcé la protection de leurs systèmes d'information, les cybercriminels ont jeté leur dévolu sur les PME et TPE²¹⁸. C'est ce qui ressort d'un rapport d'information du Sénat sur la cybersécurité des entreprises²¹⁹. Selon l'assureur Allianz, le risque cybercriminel figure en tête des risques auxquels sont exposées ces entreprises²²⁰. Or, l'accès aux PME à la commande publique a été grandement encouragé ces dix dernières années²²¹. Qu'ils soient cocontractants ou sous-traitants, les PME et TPE demeurent des cibles accessibles pour les cybercriminels²²². De plus, la faiblesse de leurs systèmes d'information fragilise « *par rétroaction* » ceux des grandes entreprises, car elles sont généralement leurs fournisseuses ou sous-traitantes²²³.

²¹⁵ Philippe Yolka, *art. cit.*

²¹⁶ Luc Brenet, « Cyberattaques : responsabilités et assurances », *AJCT*, 2023.

²¹⁷ Noémie Schmitt, « La cybersécurité : une problématique majeure de la commande publique en 2022 », *Moniteur*, 16 mars 2022.

²¹⁸ « La cybersécurité des entreprises - Prévenir et guérir : quels remèdes contre les cyber-virus ? », Rapport d'information n° 678 (2020-2021), déposé le 10 juin 2021.

²¹⁹ *Idem.*

²²⁰ *Idem.*

²²¹ Loi n° 2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique.

²²² « La cybersécurité des entreprises (...) », rapport précité.

²²³ *Idem.*

SECTION 3 : LA COUVERTURE DES RISQUES DANS LES MARCHÉS ET LES CONTRATS DE CONCESSION

Outils de couverture. Plusieurs moyens permettent aux parties de se prémunir contre la survenance de risque au cours de l'exécution des contrats de la commande publique. Ainsi, la bonne définition des besoins (§I.), l'exigence de documents permettant d'attester de la compétence des futurs cocontractants (§II.), la souscription à des contrats d'assurances (§III.) et divers autres moyens (§IV.) peuvent s'avérer pertinents dans l'anticipation et la couverture des risques.

§I. La définition des besoins comme moyen d'identification et de prévention des risques

Définition des besoins et risques. L'obligation de définir ses besoins assure aux acheteurs et aux autorités concédantes d'avoir une vision plus précise de leurs projets et, de ce fait, des risques afférents à ceux-ci (A.), éventuellement en recourant à des tiers pour les assister dans cette tâche (B.).

A. L'obligation pour l'acheteur de définir ses besoins

Précision des besoins. La définition des besoins de l'acheteur fait partie des « *règles cardinales de la commande publique* »²²⁴. Elle favorise en effet la préservation des deniers publics et le respect des principes fondamentaux de la commande publique²²⁵. Précise, elle apparaît comme « *un élément primordial en matière de commande publique tant pour l'efficacité de la commande, que pour permettre le respect d'égalité de traitement des candidats* »

²²⁴ Bertrand Dacosta, « Définition du besoin », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, 2 avril 2023.

²²⁵ *Idem.*

au titre de leur réponse et de transparence dans le cadre de l'analyse des offres »²²⁶. Le fait, pour l'acheteur, de définir avec « *suffisamment de précision* » ses besoins permet « *aux candidats de présenter une offre adaptée aux prestations attendues, compte tenu des moyens nécessaires pour les réaliser* »²²⁷. L'acheteur réduit par ce moyen le risque d'une mauvaise exécution du contrat ou d'une modification éventuellement qualifiée de substantielle en cours d'exécution du contrat :

« Une sous-évaluation des besoins à satisfaire conduirait l'acheteur et son cocontractant à vouloir procéder à une modification du contrat qui pourrait s'avérer juridiquement impossible, car substantielle ou à une résiliation anticipée du contrat, coûteux pour l'acheteur et préjudiciable à la préservation des deniers publics²²⁸. Il commettrait par la même occasion un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible de conduire à l'annulation de la procédure litigieuse. »²²⁹

L'utilisation du terme acheteur au détriment du terme plus englobant d'autorité contractante n'est pas fortuite. Il convient en effet de relever que si la précision des besoins est de mise en matière de marchés publics, il en va différemment pour les concessions. L'article L.3111-1 du code de la commande publique relatif à la définition des besoins dans les contrats de concessions ne comporte pas, contrairement à son équivalent pour les marchés publics, les termes « *avec précision* ». Cela pourrait s'expliquer par le fait que l'autorité concédante serait moins en mesure de déterminer ses besoins, « *eu égard à la nature du contrat et à sa durée* »²³⁰. En revanche, l'imprécision ne saurait être admise lorsqu'elle porte sur le « *périmètre géographique de la concession* » et est de nature à créer une « *incertitude sur le montant des investissements à réaliser et à amortir* »²³¹.

²²⁶ Julie Abrassart, « La spécificité réaffirmée du régime de passation des contrats de concessions par rapport à celui des marchés publics, CE 2^o et 7^o ch.-r., 26 février 2020, n^o 436428, mentionné aux tables du recueil Lebon », *Lexbase*, 29 avril 2020.

²²⁷ CE, 1^{er} juin 2011, n^o 345649, *Commune de Saint-Benoît*.

²²⁸ Bertrand Dacosta, *art. cit.*.

²²⁹ Yann Le Foll, « Définition du besoin de l'acheteur dans les documents de consultation : une grande précision s'impose, TA Paris, 10 septembre 2018, n^o 1815042/3-5 », *Lexbase*, 19 Septembre 2018.

²³⁰ *Idem*.

²³¹ Nicolas Lafay, « Une procédure de passation d'une concession annulée pour détermination insuffisante des besoins, note CE 2^o et 7^o ch.-r., 15 novembre 2017, n^o 412644, mentionné aux tables du recueil Lebon », *Lexbase*, 7 décembre 2017.

Par ailleurs, la définition des besoins doit toujours intervenir avant le lancement de la procédure. La redéfinition des besoins a posteriori, y compris des spécifications techniques²³², est exclue. Toutefois, les modifications faites en cours d'exécution aux constructions à réaliser ne sauraient conduire le titulaire du marché à se prévaloir « *d'une définition insuffisante des besoins du maître de l'ouvrage* » devant le juge lorsqu'elles se justifient par la volonté du maître d'ouvrage d'« *accroître l'efficacité du système de lavage comme l'avaient proposé deux des candidats non retenus* »²³³.

L'acheteur demeure néanmoins libre dans la définition de ses besoins. Le juge ne saurait porter une appréciation sur les besoins identifiés sauf cas d'erreur manifeste d'appréciation. Ainsi, une définition trop précise du besoin ayant pour effet de limiter le nombre de candidats potentiels n'est pas de nature à entacher la procédure de passation lorsque cette précision se justifie de manière objective²³⁴. Cependant, le niveau de précision des besoins n'est pas extensible à l'infini. À titre illustratif, les besoins sont considérés comme insuffisamment définis lorsque l'acheteur ne précise pas le « *type des prestations complémentaires envisagées* »²³⁵, le nombre de bâtiments sur lesquels portent les travaux et la période retenue pour leur exécution²³⁶. A contrario, l'absence de « *certaines informations de second rang* »²³⁷ dans les documents de la consultation ne saurait être de nature à attester d'une définition insuffisante des besoins lorsque les candidats potentiels sont capables de les déterminer²³⁸.

B. La possibilité de recourir à des tiers

Définition des besoins et risques. La définition des besoins étant une étape fondamentale pour la bonne exécution du contrat, l'acheteur est autorisé à solliciter de l'aide pour parvenir à une meilleure évaluation. Valentin Lamy estime en ce sens que l'appel d'offres fait « *peser un fort risque substantiel d'apparition de difficultés d'exécution* » dans la mesure

²³² CJUE, 16 avr. 2015, aff. C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SLR*, pt. 27.

²³³ CAA de Nancy, 23 juin 2016, n° 14NC00786, *M. C...*

²³⁴ CE, 10 avr. 2015, n° 386912, *Centre hospitalier territorial de Nouvelle-Calédonie*.

²³⁵ CE, 15 déc. 2008, n° 310380, *Communauté urbaine de Dunkerque et Ville de Dunkerque*

²³⁶ CE, 29 déc. 1997, n° 159693, *Département de Paris : Lebon*.

²³⁷ Bertrand Dacosta, *art. cit.*.

²³⁸ CAA de Marseille, 13 nov. 2013, n° 11MA00691, *SARL Autocars Caball* ; CAA de Nancy, 21 nov. 2017, n° 15NC00636, *Société Axal*.

où seul l'acheteur détermine le contenu du contrat²³⁹. Les entreprises sont rarement associées en dépit du fait qu'elles aient une meilleure maîtrise des prestations à réaliser²⁴⁰. Un meilleur sourcing pourrait permettre, entre autres, d'y remédier²⁴¹.

Le sourcing. L'article R. 2111-1 du code de la commande publique l'autorise à recourir au « *sourcing* » ou « *sourcing* » pour « *effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences* ». Elle peut ainsi « *recueillir, en amont, le maximum d'informations sur la façon dont les opérateurs économiques du secteur concerné seront à même de répondre à leurs besoins* »²⁴². L'autorité contractante disposera ainsi de données essentielles qui lui seront utiles dans le choix de la procédure adaptée et lui permettront de « *limiter les risques d'infructuosité* »²⁴³.

L'assistance à maîtrise d'ouvrage. L'acheteur peut solliciter l'aide d'un assistant à maîtrise d'ouvrage²⁴⁴. Sa vigilance sera en l'espèce requise afin de prévenir tout risque pénal.

Le dialogue compétitif. L'article R.2124-3 du code de la commande publique ouvre ainsi la voie de la procédure avec négociation lorsque « *le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou un référentiel technique.* »

Toutefois, la personne publique ne peut se servir du dialogue compétitif pour déléguer la définition de ses besoins à des tiers. La Cour administrative d'appel de Bordeaux l'a d'ailleurs rappelé en indiquant que « *l'objet du dialogue compétitif ne consiste pas à identifier les besoins mais les moyens propres à les satisfaire, ce qui implique que les besoins aient été au préalable précisément définis* » [Nous soulignons]²⁴⁵. Dans la même veine, le Conseil d'État avait précisé à propos de modifications intervenues dans le cadre d'un appel d'offres sur performance, ancêtre du dialogue compétitif, que « *si les prescriptions du programme fonctionnel détaillé*

²³⁹ Valentin Lamy, « Les liens entre règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics. Retour sur la deuxième enquête de la Chaire de droit des contrats publics », *JCPA*, 2021, n° 46, 2334.

²⁴⁰ Valentin Lamy, *art. cit.*.

²⁴¹ *Idem.*

²⁴² Bertrand Dacosta, *art. cit.*.

²⁴³ *Idem.*

²⁴⁴ CCP, art. L2422-2.

²⁴⁵ CAA de Bordeaux, 18 décembre 2018, n° 16BX00178, *Syndicat interdépartemental mixte pour l'équipement rural*.

peuvent être modifiées après la remise des offres, ces modifications ne peuvent porter sur la nature et l'étendue des besoins de la personne publique, lesquelles peuvent seulement faire l'objet des précisions nécessaires pour répondre aux éléments d'information complémentaires apparus au cours de la procédure et à la condition que ces précisions soient portées en temps utile à la connaissance de tous les candidats ayant fait une offre pour leur permettre de l'adapter » [Nous soulignons]²⁴⁶.

Les variantes. L'acheteur public peut aussi autoriser les candidats à présenter des variantes. Figurant aux articles R. 2151-8 et suivants, les variantes renvoient, aux termes de la jurisprudence, à des « *modifications, faites à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de la consultation* »²⁴⁷. Les soumissionnaires peuvent ainsi présenter aux acheteurs, en plus de leurs offres, « *une solution ou des moyens, autres que ceux fixés dans le cahier des charges ou, plus généralement dans les documents de la consultation, pour effectuer les prestations du marché public* ». Les variantes préviennent le risque d'inexécution du contrat dans la mesure où elles permettent à l'opérateur, qui connaît mieux le marché que l'acheteur, de recourir à des outils auxquels l'acheteur n'a pas pensé et d'atteindre le résultat avec des moyens dont il a la maîtrise. Elles offrent ainsi plus de flexibilité et de créativité aux parties.

Prestations supplémentaires. Les opérateurs économiques ont également la possibilité de joindre à leurs offres des prestations supplémentaires à la demande de l'acheteur à la signature du contrat. Cette faculté ne permet pas, en elle-même, de prévenir le risque d'inexécution, car elle suppose que la prestation attendue a déjà été réalisée. Toutefois, elle peut s'avérer pertinente dans l'exécution globale du contrat dans la mesure où elle offre à l'acheteur la possibilité de « *commander certaines prestations dont il a au préalable défini les caractéristiques* » lorsque le besoin se manifeste.

L'accord-cadre à bons de commandes. Cette technique d'achat peut également s'avérer pertinente dans la réalisation optimale des prestations, malgré l'obligation récente faite à l'acheteur de préciser le montant maximum de l'accord-cadre²⁴⁸. En effet, l'acheteur pourrait fixer un montant légèrement surévalué, sans pour autant être manifestement disproportionné,

²⁴⁶ CE, 4 avr. 2005, n° 265784, *Commune de Castellar* ; solution adaptée au dialogue compétitif : CAA de Paris, 30 juin 2017, n° 15PA00443, *Société Citelum* ; décret n° 2021-111 du 23 août 2021 modifiant les dispositions du code de la commande publique relatives aux accords-cadres et aux marchés publics de défense ou de sécurité.

²⁴⁷ CE, 5 janv. 2011, n° 343206, *Société Technologie Alpine Sécurité et commune de Bonneval-sur-Arc*.

²⁴⁸ CJUE, 17 juin 2021, aff. C-23/20, *Simonsen & Weel*,

de manière à pouvoir faire face aux surcoûts éventuels liés à une mauvaise anticipation des volumes nécessaires.

§II. L'exigence de documents attestant des compétences du titulaire pour réduire les risques

Examen des candidatures. Nonobstant la procédure de passation retenue, l'attribution du contrat à un opérateur économique nécessite au préalable un examen de sa capacité à réaliser la prestation objet du contrat. Même si l'autorité contractante peut examiner l'offre avant la candidature, elle ne saurait se laisser influencer par le contenu de celle-ci lorsqu'elle examine les candidatures²⁴⁹.

Tout d'abord, le candidat doit produire une « déclaration sur l'honneur » qui prouve qu'il n'est pas frappé d'une interdiction de soumissionner de plein droit²⁵⁰. L'autorité contractante peut cependant faire fi de cette interdiction lorsque la triple condition suivante est satisfaite : des raisons impérieuses d'intérêt général le justifient, l'opérateur s'avère être le seul à même de réaliser la prestation et un « *jugement définitif d'une juridiction d'un État membre de l'Union européenne n'exclut pas expressément l'opérateur concerné des marchés* »²⁵¹.

Ensuite, aux termes de l'article L.2142-1 du code de la commande publique :

*« L'acheteur ne peut imposer aux candidats des conditions de participation à la procédure de passation autres que celles propres à garantir qu'ils disposent de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financière ou des capacités techniques et professionnelles nécessaires à l'exécution du marché. Ces conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution. »*²⁵²

Concessions. Enfin, cette exigence est renforcée en ce qui concerne les concessions de service public. En effet, le concédant peut également s'assurer de « *l'aptitude des candidats à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public* ». Le juge administratif a toutefois considéré que l'autorité concédante ne peut tenir compte de

²⁴⁹ CCP, art. R. 2161-4.

²⁵⁰ CCP, art. R. 2143-3. Les interdictions figurent aux articles L. 2141-1 et suivants du CCP.

²⁵¹ CCP, art. L.2141-6.

²⁵² CCP, art. L. 3123-18.

l'expérience des candidats dans la gestion d'un service équivalent au service concédé que si cette expérience s'avère « *nécessaire par l'objet de la délégation et la nature des prestations à réaliser* »²⁵³. Néanmoins, la manière dont le candidat a exécuté un précédent contrat peut être prise en considération par le délégant dans l'appréciation de son « *aptitude (...) à assurer la continuité du service public (...) à condition de prendre également en considération tout autre élément du dossier produit par le candidat* »²⁵⁴. En ce sens, l'article L. 3123-7 du Code de la commande publique prévoit que :

*« L'autorité concédante peut exclure de la procédure de passation d'un contrat de concession 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. »*²⁵⁵

Marchés. Il en va de même dans les marchés publics où la seule défaillance d'un opérateur économique dans un marché précédent ne saurait suffire pour justifier le rejet de sa candidature, sauf s'il ressort de la vérification de ses capacités et de l'exécution d'autres marchés, qu'il ne dispose pas de contre-exemples²⁵⁶. Le code de la commande publique, en son article R.2142-14 proscrit à l'acheteur de rejeter une candidature en se fondant uniquement sur le fait que le candidat n'a jamais exécuté de prestations similaires, dans le cadre d'un marché ou non²⁵⁷. Il n'empêche que l'acheteur peut limiter l'accès au marché à des entreprises disposant de références similaires si cette exigence est rendue nécessaire par l'objet du marché et la nature des prestations à réaliser²⁵⁸.

Capacités et risques. La phase d'examen des candidatures permet ainsi de vérifier les capacités économiques et financières (**A.**), ainsi que les capacités techniques et professionnelles (**B.**) des candidats ou d'opérateurs économiques tiers (**C.**).

²⁵³ CE, 14 déc. 2009, 325830, *Commune de La Roche-sur-Yon* ; CE, 10 mai 2006, n° 281976, *Société Bronzo*.

²⁵⁴ CE, 24 nov. 2010, n° 335703, *Commune de Ramatuelle*.

²⁵⁵ CCP, art. L. 2141-7.

²⁵⁶ CAA Nantes, 4 déc. 2009, n° 09NT00400, *Société Conceptic'Art* ; CE, 10 nov. 2010, n° 341132, *Ministre de la Défense*.

²⁵⁷ CE, 16 juin 2015, n° 388596, *Commune de Montpellier*.

²⁵⁸ CE, 10 mai 2006, n°281976, *Société Bronzo*

A. Capacité économique et financière

Documents à fournir. Un arrêté ministériel édicté le 22 mars 2019 fixe la liste des renseignements et des documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics. L'article 2 de l'arrêté précité énumère la liste des documents que l'acheteur peut demander au candidat pour apprécier sa capacité économique et financière. Peuvent ainsi être sollicités :

« Une déclaration concernant le chiffre d'affaires global du candidat et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activité faisant l'objet du marché public, portant au maximum sur les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activité de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles », des « déclarations appropriées de banques ou, le cas échéant, preuve d'une assurance des risques professionnels pertinents », des « bilans ou extraits de bilan, concernant les trois dernières années, des opérateurs économiques pour lesquels l'établissement des bilans est obligatoire en vertu de la loi. »

Toutefois, le candidat est admis à fournir tout autre document permettant d'attester de sa capacité financière lorsqu'il se trouve dans l'impossibilité de disposer des documents susvisés. L'accès à la commande publique des entreprises nouvellement créées est ainsi garanti²⁵⁹. En ce qui concerne le chiffre d'affaires, le juge a confirmé qu'il peut être un élément pertinent pour apprécier de la capacité économique et financière des opérateurs économiques²⁶⁰. Toutefois, l'administration ne peut demander au candidat de produire un « *chiffre d'affaires annuel au moins égal à 5 fois celui correspondant à la délégation de service public à conclure* »²⁶¹ ou « *un chiffre d'affaires au moins égal au montant maximum du marché* » dont elle n'a pas justifié sa nécessité par rapport au marché²⁶². En outre, le niveau d'endettement, lorsqu'il n'entrave pas la « santé financière » du candidat²⁶³ et celui des fonds propres peuvent également être pris en considération pour jauger de la capacité économique et financière du candidat²⁶⁴. En matière de marchés, on sait que le Code dispose désormais que « *Le chiffre*

²⁵⁹ CE, 9 mai 2012, n° 356455, *Commune Saint-Benoît*.

²⁶⁰ CE, 21 juin 2000, n° 209319, *Syndicat Intercommunal des Côtes-d'Armor et presque île Guérandaise*.

²⁶¹ CAA Nantes, 22 déc. 1999, n° 95NT00738, *District urbain de l'agglomération nantaise*.

²⁶² CE, 17 nov. 2006, n° 290712, *Agence nationale pour l'emploi*.

²⁶³ CAA Douai, 11 mai 2006, n° 05DA00105, *Société d'exploitation de marchés communaux : JCPA*, 2007, 2043.

²⁶⁴ CAA Paris, 20 déc. 2018, n° 16BX00794, *Société Edeis*.

d'affaires minimal exigé ne peut être supérieur à deux fois le montant estimé du marché ou du lot, sauf justifications liées à son objet ou à ses conditions d'exécution » (article R 2142-7 CCP).

B. Capacité technique et professionnelle

Documents à fournir. L'article 3 de l'arrêté précité établit une liste non exhaustive de documents (le candidat pouvant fournir tout document équivalent) permettant à l'acheteur de s'assurer que le candidat, titulaire en puissance, dispose des capacités techniques et professionnelles nécessaires.

L'acheteur n'est pas tenu de solliciter la production de l'intégralité de ces documents mais seulement ceux qu'il estime pertinents eu égard à l'objet du marché. Il peut ainsi exiger des candidats, entre autres, un récapitulatif des prestations qu'ils ont eu à réaliser durant les dernières années, un descriptif des moyens humains et matériels dont ils disposent et qu'ils entendent mettre au service de la prestation et la production de « *certificats de qualification professionnelle établis par les organismes indépendants* ».

L'autorité contractante a également la latitude d'exiger des niveaux minimums de capacité²⁶⁵. L'expression « *niveaux minimaux de capacité* » n'est apparue qu'en 2006, à la faveur de la réforme du code des marchés publics²⁶⁶. Ces derniers doivent néanmoins être « *liés et proportionnés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution* »²⁶⁷. Ces niveaux ne sont censurés par le juge que « *si l'exigence de capacité technique imposée aux candidats est manifestement dépourvue de lien avec l'objet du marché ou manifestement disproportionnée* »²⁶⁸. S'appuyant sur la jurisprudence et la pratique, Patrick Labayle-Pabet a recensé un certain nombre de niveaux minimaux de capacité pouvant être exigé par l'acheteur²⁶⁹. Peuvent ainsi être requis, « *un nombre minimum de références pour des prestations identiques au cours de 3 ou 5 dernières années* », « *des références pour des prestations quantitativement comparables* », « *l'obtention d'un prêt bancaire affecté à l'exécution du marché* »²⁷⁰ ou encore « *un nombre minimum de personnes au sein des équipes*

²⁶⁵ CCP, art. R. 2142-2 ; CE, 8 août 2008, n° 307143, *Région Bourgogne*.

²⁶⁶ Patrick Labayle-Pabet, « Fasc. 60-45 : Appréciation des capacités et compétences des candidats », *JCl. Cts et MP*, 21 mars 2023.

²⁶⁷ CCP, art. R. 2142-2 ; CE, 17 nov. 2006, n° 290712, *ANPE*.

²⁶⁸ CE, 7 mai 2013, n° 365706, *Société Segex*.

²⁶⁹ Patrick Labayle-Pabet, *art. cit.*.

²⁷⁰ CJUE, 13 juill. 2017, aff. C-76/16, *Ingsteel spol. S.r.o. Et Metrostav a.s. C/ Úrad pre verejnú obstarávanie*.

du candidat détenant un diplôme ou une qualification particulière » et « [la] détention – et non la propriété²⁷¹ - d'un équipement particulier ou d'un nombre minimum de certains outils spécifiques compte tenu de l'objet du marché »²⁷².

Les candidatures incomplètes et irrecevables, pour interdiction de soumission, sont rejetées²⁷³. L'autorité contractante peut inviter au préalable les candidats dont les dossiers sont incomplets à les régulariser²⁷⁴.

C. Exceptions génératrices de risques

Capacités de tiers. Le candidat peut aussi se prévaloir de capacités d'opérateurs économiques tiers, quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces opérateurs. Il peut ainsi s'appuyer sur les capacités de sa société mère, de ses filiales ou de sous-traitants²⁷⁵. Toutefois, cette possibilité n'est valable que si le candidat « *apporte la preuve qu'il disposera [de ces capacités] pendant toute l'exécution du contrat* »²⁷⁶. Pour s'assurer de la bonne exécution du contrat, « *l'autorité concédante peut exiger que l'opérateur économique et les autres entités en question soient solidairement responsables de l'exécution du contrat (...)* »²⁷⁷.

Par ailleurs, il convient de rappeler que l'appréciation des capacités exigées est « globale » en cas de groupement²⁷⁸. Ainsi, tous les cotraitants ne sont pas tenus de disposer de la « *totalité des capacités requises pour exécuter le marché* »²⁷⁹.

§III. L'assurance comme moyen de garantir certains risques

Assurances et commande publique. Au regard des contraintes juridiques propres, d'une part, au secteur de l'assurance et, d'autre part, à la commande publique (B.), les

²⁷¹ Rép. Min. n° 107 : *JO Sénat* 31 juill. 2014, p. 1830.

²⁷² CE, 6 mars 2009, n° 315138, *Commune Savigny-sur-Orge*.

²⁷³ CCP, art. L. 3123-19.

²⁷⁴ CCP, art. R. 2144-2.

²⁷⁵ Rép. Min. n° 6063 ; CE, 24 juin 2011, n° 347840, *Commune de Rouen*.

²⁷⁶ CCP, art. R. 3123-19.

²⁷⁷ *Idem*.

²⁷⁸ CCP, art. R. 2142-25.

²⁷⁹ *Idem*.

autorités contractantes, en particulier les collectivités territoriales, s'exposent de plus en plus à des difficultés pour s'assurer (A.).

A. Les difficultés assurantielles des autorités contractantes

Constat récent. La question de l'assurabilité des collectivités territoriales préoccupe les acteurs de la commande publique au point de pousser les plus autres institutions étatiques à s'en saisir. Le champ d'intervention du médiateur de l'assurance a d'ailleurs été étendu aux litiges entre assureurs et collectivités²⁸⁰. Le 20 octobre 2023, le gouvernement a confié une mission sur la question à Alain Chrétien et Jean-Yves Dagès, respectivement maire de Vesoul et ex-patron de la fédération nationale Groupama. Leurs conclusions seront connues en avril 2024²⁸¹, soit à la même période que celles de la mission d'information du Sénat. En effet, la commission des finances du Sénat a créé une mission d'information afin d'en apprendre davantage sur les « problèmes assurantiels » rencontrés par les collectivités territoriales. Pour ce faire, le Sénat a procédé au lancement d'une consultation en ligne. Cette dernière a été ouverte le 31 janvier 2024 et s'étendra jusqu'au 28 février 2024. La commission des finances a choisi comme rapporteur Jean-François Husson, membre de la commission et assureur dans une vie antérieure. Le sénateur de Meurthe-et-Moselle a d'ailleurs souligné que « *l'assurance des collectivités est aujourd'hui en crise, notamment face à la multiplication des aléas climatiques et des risques qui menacent les biens ainsi que le patrimoine des collectivités locales* ». Preuve de l'acuité du problème, la consultation a enregistré plus de 300 réponses de collectivités en à peine une semaine, comme l'a rapporté *l'Argus de l'assurance*²⁸². Les difficultés rencontrées par les collectivités pour assurer certains de leurs biens sont palpables. Elles font en effet face à la « *hausse des primes et des franchises* », aux « *appel[s] d'offres infructueux* » et à la « *résiliation pure et simple* » de leurs contrats.²⁸³ De même, les assureurs généralistes se retirent du marché tandis que les acteurs historiques tels que Groupama ou la

²⁸⁰ Géraldine Dauvergne et Arnaud Chneiweiss, « Avec les collectivités territoriales aussi, nous aurons un rôle d'apaisement », *Argus de l'assurance*, 29 septembre 2023.

²⁸¹ Géraldine Dauvergne, « Le Sénat se penche sur les difficultés assurantielles des collectivités territoriales », *Argus de l'assurance*, 1^{er} février 2024.

²⁸² Géraldine Dauvergne, « Assurabilité des collectivités territoriales : 324 communes ont déjà répondu à l'appel du Sénat », *Argus de l'assurance*, 7 février 2024.

²⁸³ *Idem*.

SMACL acceptent de se maintenir en contrepartie de conditions plus avantageuses²⁸⁴. La discrimination entre les départements et régions notamment d’outre-mer, soumis à des risques climatiques plus importants (inondations, submersions, ouragans)²⁸⁵ est également observable. Pour certains élus, « *les émeutes de l’été 2023 ont révélé l’ampleur du mal. Mais c’est plus souvent la sinistralité climatique qui déclenche les résiliations de contrat* »²⁸⁶.

Obligation d’assurance et collectivités territoriales. Or, contrairement à l’État²⁸⁷, les collectivités territoriales ont l’obligation de souscrire à un certain nombre d’assurances²⁸⁸. Elles doivent en effet souscrire à des assurances « responsabilité civile » couvrant les dommages éventuels causés par leurs véhicules²⁸⁹ ou dans le cadre de certains établissements spécialisés dont elles ont la charge²⁹⁰. Elles sont également tenues de contracter un contrat d’assurance pour permettre l’effectivité de la protection fonctionnelle reconnue au maire, à ses adjoints et aux élus ayant reçu une délégation²⁹¹.

Assurances des risques numériques. La loi n° 2023-22 du 24 janvier 2023 d’orientation et de programmation du ministère de l’Intérieur a introduit la prise en charge assurantielle du risque de cyberattaque dans le code des assurances. Toutefois, l’article L. 12-10-1 du code des assurances conditionne le versement de la prime d’assurance « *au dépôt d’une plainte de la victime auprès des autorités compétentes au plus tard soixante-douze heures après la connaissance de l’atteinte par la victime* ».

Malgré le soulagement qu’elle puisse apporter, la nouvelle assurance ne saurait être la seule arme pour lutter contre les cyberattaques. Luc Brunet considère à cet effet « *les collectivités, qui ne se sont pas encore saisies du sujet, ont tout intérêt à construire sans tarder un plan de prévention des cyberrisques pour protéger leurs données et leurs activités [même si] cela suppose un minimum d’investissements (...) dont le montant est bien moindre que celui des coûts engendrés par une cyberattaque* »²⁹². Les personnes publiques doivent par

²⁸⁴ Géraldine Dauvergne, « Collectivités locales : assureurs et élus, le dialogue impossible », *Argus de l’assurance*, 31 janvier 2024.

²⁸⁵ *Idem.*

²⁸⁶ *Idem.*

²⁸⁷ Louis Baghoune, « Le principe selon lequel l’État est son propre assureur », *RFDA*, 2014, p. 1167.

²⁸⁸ Jean-François Auby, « Services communaux – Assurances de responsabilité des communes et des élus », Février 2023, *Dalloz*.

²⁸⁹ C. Assur., art. L. 211-1.

²⁹⁰ CASF, art. L. 421-13 ; Décr. N° 56-284 du 9 mars 1956 ; CASF, art. L. 227-5.

²⁹¹ CGCT, art. L. 2123-35.

²⁹² Luc Brunet, « Cyberattaques : responsabilités et assurances », *AJCT*, 2023, p.669.

conséquent se doter de véritables outils de prévention, en mettant en place un référentiel général de sécurité (RGS) qui s'impose à elles dès lors qu'elles disposent de téléservices²⁹³. Il estime en ce sens que tous les acheteurs publics sont soumis à cette obligation dans la mesure où la notion inclut les plateformes dématérialisées des marchés publics²⁹⁴. Le RGS permet à l'administration d'« identifier l'ensemble des risques pesant sur la sécurité du système et des informations qu'il traite, eu égard notamment aux conditions d'emploi du système », de « fixer les objectifs de sécurité, notamment en matière de disponibilité et d'intégrité du système, de confidentialité et d'intégrité des informations ainsi que d'identification des utilisateurs du système, pour répondre de manière proportionnée au besoin de protection du système et des informations face aux risques identifiés » et de « déduire les fonctions de sécurité et leur niveau qui permettent d'atteindre ces objectifs et respecter les règles correspondantes du référentiel général de sécurité. »²⁹⁵

Assurances et candidats. En outre, l'article R. 2142-12 du code de la commande publique offre à l'acheteur la possibilité d'exiger du candidat « un niveau approprié d'assurance des risques professionnels ». Cette exigence s'aperçoit notamment dans les marchés publics de travaux dans lesquels le candidat, en particulier l'attributaire pressenti, doit être à même de fournir à l'acheteur la preuve de sa souscription à un contrat d'assurance couvrant leur responsabilité décennale²⁹⁶.

Pour sa part, le titulaire d'un marché de partenariat est tenu de souscrire, en sa qualité de maître d'ouvrage, aux mêmes assurances que celles auxquelles l'administration est astreinte lorsqu'elle assure la maîtrise d'ouvrage²⁹⁷. Ainsi, lorsque la mission globale porte sur la réalisation de travaux publics, le titulaire doit disposer d'assurances « responsabilité décennale », « dommage-ouvrage », « constructeur non-réalisateur », « garantie biennale », « tous risques chantiers », (...) « multirisques – incendie » et « dommages aux biens »²⁹⁸. Il convient de signifier cependant que le législateur a choisi d'exonérer les titulaires des marchés de partenariat de l'État ou des établissements publics, de la souscription d'une assurance « dommage-ouvrage »²⁹⁹.

²⁹³ Luc Brunet, « Cyberattaques : responsabilités et assurances », AJCT, 2023, p.669.

²⁹⁴ *Idem.*

²⁹⁵ Décret n° 2010-112 du 2 février 2010 pris pour l'application des articles 9, 10 et 12 de l'ordonnance n° 2005-1516 du 8 décembre 2005 relative aux échanges électroniques entre les usagers et les autorités administratives et entre les autorités administratives, article 3.

²⁹⁶ C. Assur., art. L. 241-1.

²⁹⁷ Lucienne Erstein, « Fasc. 590 : Marchés de partenariat », *JurisClasseur Collectivités territoriales*, 2021.

²⁹⁸ *Idem.*

²⁹⁹ Code des assurances, art. L. 242-1.

L'évolution des compétences reconnues aux collectivités et l'augmentation des risques auxquels elles sont exposées les poussent à souscrire à de plus en plus d'assurances non exigibles légalement, mais nécessaires³⁰⁰. Ces assurances varient en fonction de la taille de la collectivité, de son budget, de ses compétences et de sa situation géographique³⁰¹.

B. Les contraintes juridiques

Assurance et contrat administratif. Les services d'assurance sont entrés dans le champ des marchés publics à la faveur de l'adoption de la directive européenne du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services et de sa transposition en droit interne par un décret édicté en 1998³⁰². Passés en application du code des marchés publics, les contrats d'assurance souscrits par les personnes publiques ont acquis la nature de contrats administratifs³⁰³. Cette nature a été rappelée par le Tribunal des conflits dans une décision publiée le 5 juillet 2021. Il ressort de cette décision que « *le contrat par lequel, dans le cadre d'un marché public de construction, une collectivité territoriale souscrit une assurance dommage-ouvrage a le caractère de contrat administratif* »³⁰⁴.

Assurance et résiliation unilatérale. La publicisation des contrats d'assurance n'est pas sans conséquence pour les collectivités. Les contradictions entre le droit des assurances et le droit des contrats administratifs nuisent à l'attractivité de ces contrats. L'aménagement jurisprudentiel récent du droit reconnu aux assureurs de résilier annuellement le contrat a considérablement alimenté la controverse. En effet, le Conseil d'État, dans un arrêt *Grand port maritime de Marseille* publié le 12 juillet 2023³⁰⁵ a considéré que :

« Il résulte de ces dispositions [article L. 113-12 du code des assurances] que l'assureur a la faculté de résilier unilatéralement le contrat à l'expiration d'un délai d'un an suivant sa conclusion, avec un préavis d'au moins deux mois. Le contrat peut prévoir une durée de préavis plus longue lorsque l'assuré est une personne morale. Ces dispositions sont applicables aux marchés publics d'assurance. Il

³⁰⁰ Jean-François Auby, *art. cit.*.

³⁰¹ *Idem.*

³⁰² Décret du 27 février 1998 modifiant le code des marchés publics en ce qui concerne les règles de mise en concurrence et de publicité des marchés publics de services.

³⁰³ Loi MURCEF, du 11 déc. 2001, art. 2.

³⁰⁴ TC, 5 juill. 2021, n° C4223, *Société Cary-Fayat*.

³⁰⁵ CE, 12 juill. 2023, n° 469319, *Grand port maritime de Marseille*.

résulte toutefois des principes généraux applicables aux contrats administratifs que lorsque l'assureur entend en faire application pour résilier unilatéralement le marché qui le lie à la personne publique assurée et que le contrat ne prévoit pas un préavis de résiliation suffisant pour passer un nouveau marché d'assurance, cette dernière peut, pour un motif d'intérêt général tiré notamment des exigences du service public dont la personne publique a la charge, s'y opposer et lui imposer de poursuivre l'exécution du contrat pendant la durée strictement nécessaire, au regard des dispositions législatives et réglementaires applicables, au déroulement de la procédure de passation d'un nouveau marché public d'assurance, sans que cette durée ne puisse en toute hypothèse excéder douze mois, y compris lorsque la procédure s'avère infructueuse. L'assureur peut contester cette décision devant le juge afin d'obtenir la résiliation du contrat. »

Le Conseil d'État assouplit ainsi d'une part « l'interdiction faite au cocontractant de l'administration de résilier unilatéralement le contrat administratif » et, d'autre part, le droit de résiliation unilatérale annuelle offert aux parties à un contrat d'assurance³⁰⁶. Pour Pierre Bourdon, l'arrêt *Grand port maritime de Marseille* s'avère être « un savant mélange entre les jurisprudences *Béziers II* et *Sté Grenke Location* ». Le juge a respectivement enjoint aux parties de reprendre leurs relations contractuelles et ouvert la voie de la résiliation unilatérale au cocontractant de l'administration tout en admettant la possibilité pour la personne publique de s'y opposer. Ainsi, l'arrêt GPMM pose le principe suivant : « l'assureur peut résilier le contrat sans condition de non-respect par l'administration de ses obligations, mais la personne publique peut obliger son assureur à la poursuite des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général ». Le juste milieu proposé par le Conseil d'État pourrait à terme avoir pour conséquence de neutraliser les velléités de résiliation annuelle des assureurs. Frédéric Allaire, qui a consacré une thèse à la passation des marchés publics d'assurance, relevait en 2005 déjà que « la modification des rapports de force contractuels générés par le droit des marchés publics tend à permettre aux personnes publiques de se préserver de son invocation »³⁰⁷.

Malgré quelques assouplissements mineurs³⁰⁸, seule la personne publique dispose du pouvoir de résilier unilatéralement le contrat administratif pour motif d'intérêt général³⁰⁹. Or,

³⁰⁶ Pierre Bourdon, « Le droit de résiliation annuelle de l'assureur », *AJDA*, 2023, p. 2184.

³⁰⁷ Frédéric Allaire, « La résiliation unilatérale des marchés publics d'assurance », *RFDA*, 2005, p. 1099.

³⁰⁸ CE, 8 oct. 2014, n° 370644, *Société Grenke Location*.

³⁰⁹ CE, 17 mars 1864, *Sieur Dupont* ; CE, Ass., 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, n° 32401.

en droit des assurances, l'assureur dispose du droit de résilier unilatéralement le contrat lorsque l'acheteur ne s'acquitte pas dans le délai imparti de sa prime d'assurance³¹⁰. Il peut aussi mettre fin au contrat « *en cas d'aggravation du risque en cours de contrat* »³¹¹ ou de survenance d'un sinistre³¹². L'application de cette dernière hypothèse de résiliation requiert qu'elle ait été prévue dans le contrat initial³¹³. Toutefois, Katia Sontag observe une « *différence de perspectives entre le droit des marchés publics et le droit des assurances* », car le juge administratif est moins réceptif à l'idée de reconnaître l'automatisme de la résiliation unilatérale après survenance d'un sinistre, sauf en cas de faute de l'administration ou de force majeure³¹⁴.

Problématiques de conciliation entre Code des assurances et Code de la commande publique. La prévalence des règles issues du Code des assurances sur celles issues du Code de la commande publique et plus globalement du droit des contrats administratifs s'est posée. En 2002, Laurent Fabius, alors ministre de l'Économie et des Finances, indiquait que « *le code des marchés publics, d'essence réglementaire, cède nécessairement le pas devant les dispositions législatives du code des assurances* ». Selon Pierre Bourdon, l'adoption du Code de la commande publique n'a pas remis en cause cette hiérarchie. Il s'appuie pour cela sur Laurent Richer qui milite en faveur de la prééminence du code des assurances. Malgré la nature administrative qui leur est reconnue, le juge continue d'appliquer les dispositions du code des assurances aux marchés publics d'assurance. Se fondant également sur le caractère législatif du code des assurances, Katia Sontag renchérit en justifiant la prévalence par le fait que le droit des assurances, droit spécial, déroge au droit de la commande publique, droit général en vertu de la maxime latine *specialia generalibus derogant*.

Dans d'autres arrêts moins emblématiques mais tout aussi révélateurs, le Conseil d'État a également témoigné de sa volonté de concilier les deux droits applicables aux marchés publics d'assurance.

Dans le premier arrêt rendu le 22 mars 2015, le Conseil d'État s'est montré plus favorable aux moyens soulevés par l'assureur en raison du caractère substantiel des modifications opérées. Il a en effet jugé que « *dès lors qu'en induisant ainsi son cocontractant*

³¹⁰ C. Assur., art. L. 113-3.

³¹¹ C. Assur., art. L. 113-4.

³¹² C. Assur., art. L. 113-9.

³¹³ C. Assur., art. R. 113-10.

³¹⁴ Katia Sontag, « Le marché public d'assurance, une figure juridique moderne », *Revue générale du droit des assurances*, 2009, n° 4, p. 1111.

en erreur sur la consistance des risques couverts, le SITURV avait commis une irrégularité d'une particulière gravité de nature à vicier le consentement de celui-ci »³¹⁵.

En revanche, dans le second arrêt rendu deux ans plus tard³¹⁶, les juges du Palais royal ont autorisé la modification unilatérale des ouvrages couverts par une police d'assurance. Ils ont en effet considéré que « *cette modification n'a ni changé l'objet du risque ni n'en a diminué l'opinion pour l'assureur* ». L'article L.113-8 du code des assurances invoqué par l'assureur qui frappe de nullité le contrat d'assurance conclu « *en cas de réticence ou de fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré, quand cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur* », paraît ainsi neutralisé. Le choix de construire une plate-forme en lieu et place d'une dalle de transition sur pieux, modifiant ainsi les ouvrages couverts par le contrat, n'affecte en rien le contrat.

§IV. Autres moyens d'anticipation et de prévention des risques

Illustrations. D'autres outils permettent d'anticiper et de prévenir les risques et, partant, de les couvrir. Au-delà de plans d'action opérationnels que peuvent prévoir à la fois les autorités contractantes et les opérateurs économiques pour prévenir la survenance d'un risque, l'anticipation d'un risque s'opère principalement à travers une provision pour risque dans les prix des offres (A.). Par ailleurs, au regard de ses conséquences sur le contrat et les parties, le risque pénal fait l'objet d'une couverture particulière à travers la mise en place de divers moyens de prévention des atteintes à la probité, comme l'instauration d'une cartographie des risques pour les organismes assujettis à la Loi Sapin 2 (B.).

A. Les provisions

Définition comptable. En comptabilité, une provision est un passif concernant des risques ou de futures charges pour lesquels il y a une incertitude sur l'échéance ou le montant, voire les deux (notamment dans le cas d'un litige puisque l'incertitude existe sur la date de la résolution du litige et sur la somme à laquelle sera condamnée à payer l'une des parties)³¹⁷.

³¹⁵ CE, 22 mai 2015, *Syndicat intercommunal pour les transports urbains de la région de Valenciennes*, n° 383596.

³¹⁶ CE, 6 déc. 2017, *Société Axa corporate solutions assurances*, n° 396751.

³¹⁷ Alain Mikol, *Gestion comptable et financière*, Presses universitaires de France, coll. « Que sais-je ? », 2019, p. 39-45.

Toutefois, la provision ne doit pas être confondue avec l'amortissement (qui consiste en la répartition systématique du montant d'un actif amortissable en fonction de son utilisation et de la dépréciation de sa valeur, comme les brevets et les immobilisations corporelles) ou avec une dette (dont l'échéance et le montant sont certains, comme les congés payés, quand bien même l'employeur ne connaîtrait pas précisément, en amont, les dates de congés de ses salariés)³¹⁸. En somme, la provision est le reflet comptable des charges incertaines, notamment liées à la survenance d'un risque, c'est-à-dire d'un aléa prévisible.

Provision et opérateurs économiques. Dans les contrats de la commande publique, l'offre des candidats prend en considération le risque dans ses prix ou ses tarifs. Les charges certaines ne sont pas les seuls éléments déterminant l'offre finale. La fixation du prix ou du tarif dépend effectivement du coût de revient et des objectifs de rentabilité financière. Dès lors, « [l]e candidat peut [...] être tenté de procéder à une surévaluation du prix proposé afin de parer à toute éventualité »³¹⁹. Par ce moyen, l'opérateur économique peut réduire les conséquences de la survenance d'un risque en cours d'exécution contractuelle. Cependant, la provision du risque par la majoration des prix ou des tarifs est limitée par deux phénomènes :

- **Le point mort ou seuil de rentabilité critique du projet**³²⁰ : l'opérateur économique ne peut pas, sauf à réaliser la prestation à perte, réduire le prix ou le tarif de manière excessive et au-delà de son seuil de rentabilité sur le projet considéré. Plus son prix tend vers ce seuil, plus le candidat assumera de risque ;
- **La mise en concurrence et la prépondérance du critère du prix dans le choix des offres** : l'opérateur économique est également contraint de ne pas trop rehausser le prix de son offre, au risque de ne pas remporter l'appel d'offres dès lors que la notation du prix est l'élément principal de l'attribution du contrat. À l'inverse, une situation d'abus de position dominante peut offrir une marge de manœuvre plus importante aux opérateurs économiques³²¹.

La couverture du risque peut alors être effectuée à travers le provisionnement du risque, sans pour autant être libre et entière en raison des règles économiques de mise en concurrence des marchés.

³¹⁸ *Idem.*

³¹⁹ Thomas Pez, *op. cit.*, p. 276.

³²⁰ *Ibidem*, p. 211-212.

³²¹ *Ibidem*, p. 277.

Provision et collectivités territoriales. Enfin, face aux problèmes assurantiels rencontrés par les collectivités, l’auto-assurance pourrait se révéler comme une solution pertinente³²². L’augmentation des provisions, dont l’inscription au budget est obligatoire, semble être la piste idéale. En effet, les collectivités publiques sont amenées à prévoir dans leurs budgets des « pour risques et charges »³²³.

B. La prévention du risque pénal

Maîtrise de la probité. Dans un guide publié en juin 2020, l’Agence française anticorruption (AFA) et la Direction des achats de l’État (DAE) ont énuméré un certain nombre de mesures réparties en 5 chapitres visant à aider les acheteurs à « *maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l’achat public* ».

Dans le premier chapitre relatif à « l’organisation des achats », les auteurs recommandent aux acheteurs de publier leurs projets d’achat afin de garantir la transparence des procédures et l’égal accès à l’information des candidats³²⁴.

Le deuxième chapitre est relatif à « l’engagement des instances dirigeantes et la cartographie des risques d’atteinte à la probité »³²⁵. Le premier volet du chapitre se traduit par « l’adoption d’une politique de tolérance zéro », « la désignation d’un responsable du dispositif anticorruption doté de l’indépendance et des pouvoirs nécessaires », « la mise en place d’un programme anticorruption conforme aux dispositions de la loi Sapin 2 »³²⁶. Le second volet vise à « *recenser les risques d’atteinte à la probité propres à chaque étape (sourcing, analyse des candidatures et des offres, exécution du marché public …) sur la base d’entretiens individuels avec des personnes spécialisées dans chacune de ces activités* ».³²⁷

³²² Géraldine Dauvergne, « Collectivités locales : assureurs et élus, le dialogue impossible », *Argus de l’assurance*, 31 janvier 2024,

³²³ CGCT, art. L. 2321-2.29° pour les communes, L. 3321-1.20° pour les départements, L. 4321-1.11° pour les régions, L. 71-113-3.20° pour la Guyane et L. 72-103-2.20° pour la Martinique.

³²⁴ Alexis Damour et Bénédicte Graulle, « Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l’achat public », *Cahiers de droit de l’entreprise*, 2021, n° 1, dossier 3

³²⁵ *Idem.*

³²⁶ *Idem.*

³²⁷ *Idem.*

Le troisième chapitre fait cas des « dispositions importantes de la loi Sapin 2 ». Il invite notamment les acheteurs à mettre en œuvre leurs « obligations déontologiques » et à adopter « un code de conduite anticorruption ».

Le quatrième chapitre s'intéresse à la détection des risques et cas de corruption. Pour ce faire, il est recommandé de mettre en place divers « *dispositifs formalisés et permanents visant à maîtriser les risques d'atteintes à la probité tels que l'autocontrôle, les vérifications par un pair, les contrôles par sondage de la hiérarchie de proximité ou encore le contrôle comptable et financier* »³²⁸. Les acheteurs peuvent aussi avoir recours à des « dispositifs internes d'alerte » et à « la protection accordée au lanceur d'alerte »³²⁹.

Le cinquième et dernier chapitre est consacré au « déploiement du programme anticorruption ». L'AFA et la DAE recommandent aux acteurs publics « *la nécessité d'évaluer et d'actualiser régulièrement l'ensemble des outils* »³³⁰.

En dépit de leur exhaustivité, ces mesures pourraient se révéler inefficaces en raison de leur caractère non contraignant et de leur tendance à « *[complexifier] à outrance un secteur pourtant déjà fortement encadré* »³³¹.

Dans un nouveau guide publié en mars 2021, l'Agence française anticorruption insiste à nouveau sur la nécessité pour les acheteurs de « mettre en place un process clair » et de procéder, dans ce process, à « la cartographie des risques » et aux « moyens d'y faire face »³³². L'adoption d'un guide ou de code de bonne conduite est de nouveau recommandé afin de s'inscrire dans une démarche de conformité et de « compliance ».³³³

³²⁸ Idem.

³²⁹ Idem.

³³⁰ Idem.

³³¹ Idem.

³³² Pierre-Manuel Cloix, « Corruption et marchés publics : des outils pour anticiper le risque », *Gazette des communes*, 26 mai 2021.

³³³ Idem.

SECTION 4 : LA RÉPARTITION ET LE TRAITEMENT DES RISQUES DANS LES MARCHÉS ET LES CONTRATS DE CONCESSION

Répartition, partage et transfert. Si la notion de « *transfert* » semble celle choisie pour savoir qui supporte les risques en matière de concession, il en va différemment en ce qui concerne les marchés publics, notamment les marchés de partenariat. Dans ces derniers, la recherche d'un équilibre contractuel invite les parties à réfléchir au « *partage* » des risques, mieux à sa « *répartition* ». Les deux termes étant utilisés indistinctement par le législateur et par la doctrine, il convient cependant de préférer le second, car il apparaît plus neutre (§I.). De même, le vocable « *traitement* » du risque sera privilégié au détriment de celui de « *gestion* », jugé plus économique, pour désigner la réponse donnée par les parties pour s'adapter au risque survenu (§II.).

§I. Les outils de répartition des risques

Outils. Pour procéder à la répartition des risques, les parties ont généralement recours à une matrice des risques (A.) ou à une contractualisation du risque (B.).

A. Les matrices des risques

Matrices et contrats de partenariat. Il s'avère impossible d'évoquer les matrices de risques en droit de la commande publique sans rappeler le lien consubstantiel qu'elles entretiennent avec les marchés de partenariat. L'élaboration d'une matrice des risques constitue, en effet, « *un préalable nécessaire et indispensable à la structuration financière* » de ces

marchés³³⁴. La répartition des risques constitue en outre « *un des enjeux de leur négociation et de la définition de leur équilibre contractuel* »³³⁵. Elle se situe au cœur du régime des marchés de partenariat. L'article L2213-1 du Code de la commande publique dispose en ce sens que « *[le marché de partenariat] fixe également les conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre l'acheteur et le titulaire.* »

Forme. Se présentant « *sous la forme d'un tableau* »³³⁶, la matrice des risques a deux principales fonctions : d'une part, elle sert à « *[identifier] chaque type de risque pouvant affecter le contrat* » et d'autre part à « *[indiquer] quels doivent être les partenaires qui le prendront en charge* »³³⁷. La prise en charge peut être « *exclusive ou conjointe* »³³⁸. L'identification des risques est du ressort des parties. Aucun article du code de la commande publique ne dresse une liste des risques qui doivent être repartis³³⁹. Dans tous les cas, le risque doit incomber à la partie qui est la mieux placée pour l'assumer. Louise-Marie Nicolas y voit « *le moyen de parvenir à un coût optimal du projet sur l'ensemble de la durée d'exécution du marché public* »³⁴⁰. D'autres auteurs résument la philosophie de cette répartition par « *la recherche du meilleur service au moindre coût* »³⁴¹. Ainsi, en règle générale, « *les risques de base du projet* » sont assumés par les actionnaires des opérateurs économiques³⁴². L'article L.2213-6 du Code de la commande publique précise toutefois que l'opérateur économique doit préciser dans ses statuts « *la répartition des risques entre les actionnaires* » lorsque la personne publique est également actionnaire – minoritaire – de la société³⁴³.

Il apparaît également judicieux de souligner qu'une répartition déséquilibrée pousse les candidats à une surenchère³⁴⁴. En effet, les candidats tiennent généralement compte dans leurs offres respectives des provisions faites pour se prémunir contre la survenance des risques qui

³³⁴ Charles Abel Smith, Alain Grandel, Dominique Jaillon et Nicolas Noël, « Contrat de partenariat. Structuration financière - Choix des modes de Financement », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 2, Mars 2005, dossier 3.

³³⁵ Thomas Pez, « Le risque, les concessions et les marchés », *RFDA*, 2016, p. 237.

³³⁶ Mathias Amilhat, « Fasc. 648 : Marchés de partenariat », *JCl. Contrats et marchés publics*, 2 janvier 2018.

³³⁷ Frédéric Marty, Sylvie Trosa, et Arnaud Voisin. « IV. Les contrats de partenariat en France », Frédéric Marty éd., *Les partenariats public-privé*, La Découverte, 2006, pp. 91-109.

³³⁸ Aymeric Ruellan et Albane Hugé, « Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision », *AJDA* 2006 p.1597.

³³⁹ Lucienne Erstein, « Fasc. 590 : Marchés de partenariat », *JCl. Collectivités territoriales*, 2021.

³⁴⁰ Louise-Marie Nicolas, « Fasc. 728 : Partenariats public-privé », *JCl. Ctts et MP*, 2021.

³⁴¹ Aymeric Ruellan et Albane Hugé, *art.cit.*

³⁴² François Brenet, « Marché de partenariat-Contenu », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, EFE, 2023.

³⁴³ *Idem.*

³⁴⁴ Louise-Marie Nicolas, « Fasc. 728 : Partenariats public-privé », *JCl. Ctts et MP*, 2021.

leur ont été alloués³⁴⁵. En revanche, l'acheteur doit s'assurer de ne pas prendre trop de risques à sa charge afin de ne pas compromettre la préservation des deniers publics en cas de matérialisation³⁴⁶. De plus, les risques identifiés doivent par la suite être chiffrés par les parties. Il en va de même pour « *la probabilité d'occurrence* » de chaque risque qui doit être calculée afin d'« *obtenir une espérance mathématique de surcoûts* »³⁴⁷.

La banalisation de la matrice des risques a donné lieu à des tableaux fort étoffés dans lesquels apparaissent des « sous-risques »³⁴⁸. Saluée par la Banque des territoires³⁴⁹, elle est régulièrement utilisée dans les montages complexes et les marchés publics les plus importants.

Utilité précontractuelle. Malgré son aspect fonctionnel, la matrice des risques est considérée, par la doctrine administrative et universitaire, comme un document précontractuel dont le destin serait de finir aux « archives » une fois la procédure achevée³⁵⁰. En effet, l'exmission d'appui aux partenariats public-privé³⁵¹, porte-étendard du recours aux matrices, recommandait déjà aux parties de ne point annexer la matrice des risques au contrat. *A fortiori*, le tableau établi ne saurait être incorporé au contrat³⁵². À ce titre, Louise-Marie Nicolas souligne que la matrice ne doit être qu'un « *instrument d'aide à la décision* »³⁵³ et en aucune façon « *une pièce contractuelle* »³⁵⁴. La matrice est esquissée par l'acheteur en amont de la procédure envisagée et portée à la connaissance des candidats qui pourront l'amender si la procédure autorise la discussion³⁵⁵.

La doctrine demeure unanime sur un point : la répartition des risques doit se faire « *au moyen de clauses écrites et suffisamment précises* »³⁵⁶ dans la mesure où « *seule une clause*

³⁴⁵ *Idem.*

³⁴⁶ Mathias Amilhat, *art.cit.*

³⁴⁷ Frédéric Marty, Sylvie Trosa, et Arnaud Voisin. « IV. Les contrats de partenariat en France » in Frédéric Marty (dir.), *Les partenariats public-privé*, La Découverte, 2006, p. 91-109.

³⁴⁸ Louise-Marie Nicolas, *art.cit.*

³⁴⁹ « Guide méthodologique pour accompagner la mise en oeuvre d'un marché de partenariat », cité par Lucienne Erstein, « Fasc. 590 : Marchés de partenariat », JurisClasseur Collectivités territoriales, 1er avril 2021, Lexis 360

³⁵⁰ S. Braconnier et P. Delelis (dir.), *Partenariats public-privé : Guide des mauvaises pratiques : Contrats-Marchés publ.* 2010, prat. 10.

³⁵¹ Devenue mission d'appui au financement des infrastructures (Fin infra) ; Voir Jean-Marc Joannès, « La Mapp est morte... vive « Fin infra » ! *La Gazette des communes*, 2016.

³⁵² Mathias Amilhat, *art.cit.*

³⁵³ Louise-Marie Nicolas, *art.cit.*

³⁵⁴ *Idem.*

³⁵⁵ Mathias Amilhat, *art.cit.*

³⁵⁶ *Idem.*

claire du contrat peut transférer un risque dans de bonnes conditions de sécurité juridique pour les parties, et non une croix dans une colonne »³⁵⁷.

B. La contractualisation des risques

Prévoir la gestion des risques dans le contrat. Les parties doivent prévoir à l'avance dans le contrat un certain nombre de garde-fous pouvant être déclenchés en cas de survenance d'un risque. L'introduction de ces clauses dites de réexamen dans les contrats, lorsqu'elles sont « *claires, précises et sans équivoque* »³⁵⁸, permet aux parties de procéder à la modification du contrat sans nouvelle procédure de mise en concurrence³⁵⁹. Les auteurs du cinquième rapport de la chaire de droit des contrats publics indiquaient à cet effet que le but de ces clauses est « *d'intégrer la modification potentielle dès la mise en concurrence initiale* »³⁶⁰. Les parties se doivent, pour une meilleure anticipation du risque, de privilégier sa contractualisation, en accordant un grand soin à la rédaction des clauses de révision des prix (1.), de revoyure (2.) et, dans les concessions, de compensation (3.).

1. Clauses de révision de prix.

Prévoir les fluctuations financières. Qualifiées également de clauses de variation ou d'indexation³⁶¹, les clauses de révision des prix sont régies par les articles R.2112-13 et suivants du code de la commande publique. Elles permettent une réévaluation périodique, généralement annuelle, en fonction de l'indice déterminé³⁶². Les clauses de révision servent à « *fixer la date d'établissement du prix initial, ainsi que les modalités de calcul de la révision et la périodicité de sa mise en œuvre* »³⁶³. À l'instar du prix, les clauses de révision des prix sont intangibles et irrévocables. Toutefois, dans sa décision « *Société AREA* » du 20 décembre 2017,

³⁵⁷ Louise-Marie Nicolas, « Fasc. 728 : Partenariats public-privé », *JCl. Ctts et MP*, 2021.

³⁵⁸ CCP, art. R. 2194-1 et R. 3135-1.

³⁵⁹ *Idem*.

³⁶⁰ François Lichère (dir.), *La modification des contrats de la commande publique*, Chaire de droit des contrats publics 2023, p. 33.

³⁶¹ Aymeric Ruellan et Albane Hugé, *art. cit.*.

³⁶² Marie-Cécile Haize et Inès Fresko, « Hausse des prix et contrats publics : qualification, conséquences et solutions », *Ctts et MP*, 1^{er} mars 2023.

³⁶³ François Lichère (dir.), *La modification des contrats de la commande publique*, *op. cit.*, p. 33.

le Conseil d'État a affirmé que « *[Les parties peuvent] convenir par avenant, en particulier lorsque l'exécution du marché approche de son terme, de modifier le mécanisme d'évolution du prix définitif pour passer d'un prix révisable à un prix ferme* »³⁶⁴. Par ricochet, la formule de révision peut aussi être modifiée ou retirée en cours d'exécution en cas de matérialisation du risque³⁶⁵. Le Conseil d'État l'a, en effet, clairement admis dans son avis consultatif du 15 septembre 2022, comme le rappellent les auteurs du cinquième rapport de la chaire. Ils indiquent au passage que la Direction des affaires juridiques (DAJ) du ministère en charge de l'économie et des finances avait à tort conclu, dans un guide publié en 2013³⁶⁶, que la modification d'une formule de révision ne pouvait se faire en se fondant sur l'arrêt *Établissement Dickson*³⁶⁷ dans lequel le Conseil d'État ne s'opposait qu'aux modifications unilatérales.

Marchés publics. Les clauses de révision sont rédigées par l'acheteur public dans les marchés publics et par le titulaire dans les concessions³⁶⁸. Les rédacteurs ne doivent surtout pas reproduire des clauses aperçues dans des contrats passés ou « *des formules toutes faites* »³⁶⁹. Il est toutefois recommandé aux parties « *d'insérer dans le CCAP une disposition prévoyant par avance ce qui se passera en cas de disparition d'un ou plusieurs indices* »³⁷⁰. En revanche, les parties ne sauraient opter pour « *une clause de révision de prix stipulant l'obligation de procéder à ladite révision dans un certain délai* »³⁷¹. Elles doivent s'appliquer dans l'établissement de la formule de révision, car le juge n'admet sa modification qu'en cas d'erreur manifeste. Les parties doivent également éviter de « *choisir un indice inadapté* »³⁷². Le titulaire est tenu de demander la modification de l'indice avant la conclusion du contrat³⁷³. Le juge administratif admet difficilement la possibilité pour le titulaire du marché de se prévaloir de la théorie de l'imprévision lorsque la clause de révision ne permet pas d'endiguer les surcoûts³⁷⁴.

³⁶⁴ Conseil d'État, 20 décembre 2017, n° 408562, *Société AREA*, Tables.

³⁶⁵ CE, avis consultatif, Ass., 15 sept. 2022, n° 405540, *Avis relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision*, pts. 4 à 6.

³⁶⁶ DAJ Bercy, « le prix dans les marchés publics guide et recommandations :a formation et la variation des prix dans les marchés publics Eléments juridiques et modalités pratiques », Avril 2013, P. 66

³⁶⁷ CE, 15 févr. 1957, *Établissement Dickson*, n°14891.

³⁶⁸ Sylvie Laridan, *art. cit.*.

³⁶⁹ *Idem.*

³⁷⁰ *Idem.*

³⁷¹ *Idem.*

³⁷² *Idem.*

³⁷³ *Idem.*

³⁷⁴ CAA Bordeaux, 3 mai 2011, n° 10BX01996 ; CAA Marseille, 17 janvier 2008, n° 05MA00492.

Concessions. Il convient de relever qu'en ce qui concerne les concessions, « *les tarifs sont systématiquement assortis d'une formule de révision* ». Il en est de même pour certains marchés dans lesquels l'inscription d'une formule de révision s'avère obligatoire. L'article R.2112-4 code de la commande publique dispose en effet que « *Les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent pour leur réalisation le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux comportent une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours, conformément aux dispositions de l'article R. 2112-13.* » [Nous soulignons]

2. Les clauses de revoyure ou de rendez-vous

Prévoir des discussions. Les parties ont la possibilité d'intégrer au contrat des clauses dites de revoyure, de rendez-vous ou de « sauvegarde »³⁷⁵. L'objet de ces clauses est de prévoir « *les modalités d'une renégociation du contrat au cours de sa phase d'exécution* »³⁷⁶. En d'autres termes, la clause de rendez-vous doit être rédigée de telle sorte que les parties puissent se rencontrer à la suite d'un événement dont les conséquences perturbent l'exécution du contrat. Les parties doivent en amont recenser un certain nombre de risques dont la survenance conduit automatiquement à la renégociation des termes du contrat³⁷⁷. L'article 54 du CCAG-Travaux stipule en ce sens que « *En cas de circonstance que des parties diligentes ne pouvaient prévoir dans sa nature ou dans son ampleur et modifiant de manière significative les conditions d'exécution du marché, les parties examinent de bonne foi les conséquences, notamment financières, de cette circonstance* ». Les auteurs du cinquième rapport de la chaire ont d'ailleurs souligné le rôle joué par la chaire, lors de la consultation publique ouverte par la DAJ, dans l'introduction de cet idéal de « bonne foi »³⁷⁸.

³⁷⁵ Marie-Cécile Haize et Inès Fresko, *art. cit.*

³⁷⁶ Jean-Baptiste Vila, Chapitre 2 (folio n° 3125) - Contrat de délégation de service public : cadre général de l'exécution Coll. Loc, Février 2022.

³⁷⁷ Jean-David Dreyfus, « Prévenir les incidents d'exécution d'une délégation de service public : les clauses de revoyure », *AJCT*, 2011. 500.

³⁷⁸ François Lichère (dir.), *La modification des contrats de la commande publique*, Chaire de droit des contrats publics 2023, p. 38.

Les clauses de rendez-vous permettent ainsi aux parties de « renégocier le contrat (...) » lorsqu'elles constatent que « *ce dernier a perdu de son efficacité et de sa cohérence* »³⁷⁹. Toutefois, elle peut aussi être activée de manière ordinaire pour permettre aux parties de se rencontrer périodiquement pour traiter de la vie du contrat³⁸⁰. D'ailleurs, les concessions contiennent « *de manière quasi systématique* » des clauses de réexamen, et donc de revoyure en raison de « *l'incomplétude* » du contrat. Le juge administratif interdit cependant l'inscription de clauses de revoyure susceptibles d'entraîner une prolongation indéfinie de la durée du contrat³⁸¹.

3. Les clauses de compensation

Prévenir les risques de trafic dans les concessions. Les clauses de compensation sont généralement pratiquées dans les contrats de concession. Elles figuraient notamment dans les contrats de concession d'*Autolib*, contrat liant la Ville de Paris à un concessionnaire³⁸². La collectivité s'engageait à prendre en charge les pertes si elles excèdent un certain montant, en l'occurrence 60 millions d'euros³⁸³. Elle compensait également le manque à gagner en cas de non-atteinte de la part fixe du délégataire³⁸⁴. Face à l'important déficit de 293 millions constaté, le délégataire a exigé de l'autorité délégante le versement d'une somme compensatoire de 233 millions d'euros³⁸⁵. Dans une moindre mesure, la ville de Béthune a reçu une demande de compensation du manque à gagner du concessionnaire en charge de l'exploitation du stationnement payant de la ville³⁸⁶. L'incorporation de telles clauses peut s'avérer risquée dans la mesure où elle pourrait conduire à une requalification du contrat de concession en raison des doutes sur l'existence d'un risque d'exploitation supporté par le concessionnaire.

³⁷⁹ Jean-David Dreyfus, *art.cit.*

³⁸⁰ Chaire de droit des contrats publics, *La modification des contrats de la commande publique*, 2023, p. 38.

³⁸¹ CE, 29 novembre 2000, N° 205143, *Commune de Païta* :Lebon ; CE, 20 avril 2011, N°342850, *Commune de Baie Mahault* : Lebon ; CE, 17 octobre 2016, N°398131, *Commune de Villeneuve-le-Roi*.

³⁸² Isabelle Jarjaille, « Concessions : et à la fin, c'est la collectivité qui paie », *Gazette des communes*, 6 juin 2018.

³⁸³ Isabelle Jarjaille, « DSP : Opacité, surcoûts, manque à gagner... autant de risques à anticiper », *Gazette des communes*, 13 nov. 2019.

³⁸⁴ *Idem.*

³⁸⁵ *Idem.*

³⁸⁶ *Idem.*

SII. Le traitement juridique du risque dans le cadre de l'exécution contractuelle

Gestion contractuelle et gestion des risques. Bien que son occurrence et ses effets puissent être prévisibles, la survenance d'un risque dans une relation contractuelle peut s'apparenter à une perturbation du contrat du fait d'un écart entre une situation hypothétique initiale (ou « *situation normale* », c'est-à-dire celle attendue par les parties lors de la conclusion du contrat) et la situation concrète présente (ou « *situation réelle* », c'est-à-dire celle existante lors de l'exécution du contrat). À travers le traitement (ou la gestion) des risques auquel est exposé un marché ou un contrat de concession, l'objectif des parties est de réduire les conséquences de cet écart et de préserver l'équilibre contractuel initialement convenu.

La gestion des risques et la gestion contractuelle sont intimement liées, puisque la gestion des risques est une des fonctions des contrats par l'allocation d'un risque à la charge de l'une des parties qui pourra être à même de le traiter lors de l'exécution du contrat³⁸⁷. En somme, la gestion contractuelle s'accompagne nécessairement d'une gestion des risques³⁸⁸ préventive et curative³⁸⁹.

Stratégies de gestion des risques. Classiquement, la gestion du risque repose sur quatre stratégies dont le choix dépendra de la finalité souhaitée par les parties³⁹⁰ :

- **L'évitement du risque ou le refus de l'exposition à un risque :** cette stratégie limitera l'exposition au risque en éliminant les facteurs de risque. Il s'agit ainsi d'agir sur la fréquence ou la probabilité d'occurrence du risque en refusant, par exemple, de déposer une offre pour un opérateur économique ou en prévoyant des exigences techniques spécifiques (éventuellement normalisées) dans les documents de consultation par l'autorité contractante ;

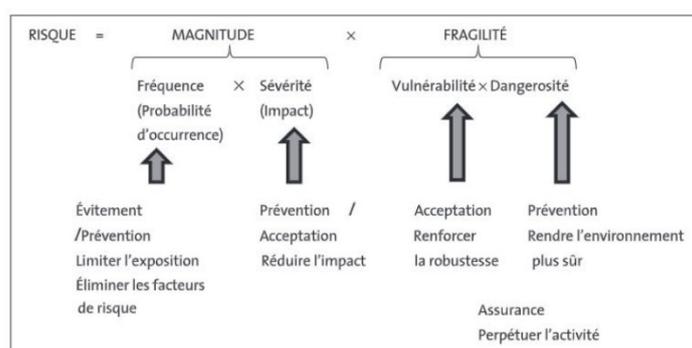
³⁸⁷ Ralph Schuhmann et Bert Eichhorn, « From Contract Management to Contractual Management », *European Review of Contract Law*, 2015, n° 11, p. 1.

³⁸⁸ *Idem.*

³⁸⁹ Voir : Laurent Pierandrei, *Risk management*, Dunod, 2019, 366 p., spéc. p. 57-60. Yvon Pesqueux, « La gestion du risque : une question d'expert ? », *Prospective et stratégie*, 2012, n° 2-3, p. 243. Pour Yvon Pesqueux (*art. cit.*) : « La gestion des risques relève tout d'abord d'un paradoxe qui consiste à ramener le « hors limite », imprévisible par nature, dans des limites. C'est sans doute ce qui permet de comprendre les logiques de « sur-réaction » qui fondent la gestion des risques et la « sur-référence » à des procédures, « sur-référence » qui apparaît en dualité, cette dimension « sur-procédurale » ayant surtout pour effet de mettre en place une logique incrémentale dans la tentative désespérée de ramener le « hors limite » dans des limites. »

³⁹⁰ Voir : Laurent Pierandrei, *op. cit.* ; Yvon Pesqueux, *art. cit.*.

- **La prévention du risque** : cette stratégie consiste en la réduction de l'occurrence ou des effets d'un risque en rendant l'environnement contractuel plus sûr (ces deux derniers points la distinguant de la stratégie de l'évitement). Dans le cadre de contrats de la commande publique, cette prévention peut s'effectuer à travers des solutions opérationnelles (comme des audits ou contrôles internes, des formations, des discussions entre les parties) ou des solutions contractuelles (comme la présence de clause de réexamen ou de clause de révision des prix, des clauses franchisées³⁹¹ ou limitatives de responsabilité) ;
- **L'acceptation du risque ou la conservation de l'exposition du risque en s'auto-assurant**³⁹² : cette stratégie a pour finalité de réduire la sévérité d'un risque et la vulnérabilité d'une partie qui, en s'auto-assurant, couvre elle-même les effets de la survenance d'un risque. Il s'agit, ici, de provisionner le risque et de l'assumer entièrement, éventuellement jusqu'à un certain seuil convenu entre les parties ;
- **Le transfert ou le partage du risque** : cette stratégie comprend des mécanismes de couverture du risque pour compenser les pertes lorsqu'il survient. Le transfert ou le partage du risque peut s'effectuer entre partie ou auprès de tiers comme des assureurs ou des sous-traitants. L'objectif de cette stratégie est de sécuriser la réalisation du projet et de perpétuer l'activité des parties lors de l'exécution contractuelle dans le respect de l'équilibre du contrat.



Source : Laurent Pierandrei, *Risk management*, Dunod, 2019, p. 57.³⁹³

Figure 1.01 : Finalité des stratégies de gestion des risques

³⁹¹ Les clauses dites franchisées sont des clauses d'allocation d'un risque jusqu'à un certain seuil à l'une des parties. Au-delà de ce seuil, soit le risque est assumé *in solidum*, soit il est assumé par l'autre partie.

³⁹² Yvon Pesqueux l'appelle « stratégie de fond propres ».

³⁹³ À noter que cet ouvrage aborde le management du risque d'entreprise (ERM) et non le risque dans les contrats (privés ou publics). Il demeure que ces considérations s'appliquent aux stratégies adoptées dans le cadre du *contrat and risk management*.

Ces nombreuses stratégies peuvent se cumuler ou intervenir différemment dans le cadre d'un contrat. Tantôt, dans le contrat, un risque sera abordé suivant la stratégie de l'évitement, tantôt selon la stratégie du transfert ou du partage du risque, et d'autres fois selon la stratégie de la prévention ou de l'acceptation du risque. Le choix dépendra de la matrice interne des risques à la suite des étapes d'identification et d'évaluation, ainsi que de l'expérience des services des autorités contractantes ou des opérateurs économiques³⁹⁴.

Si ces stratégies interviennent en amont lors de la conception du contrat, elles continuent d'irriguer la gestion des risques lors de la gestion de l'exécution contractuelle. En effet, lorsque le risque survient, en fonction des stratégies retenues pour chaque risque, les solutions varient. Par exemple, dans un contexte économique inflationniste, la stratégie de prévention du risque permettra d'actionner une clause de révision des prix d'un marché afin de diminuer les effets de la survenance de ce risque pour le titulaire. Pour des marchés globaux de conception-réalisation, le recours à des sous-traitants lors de l'exécution du contrat ou le recours à des conventions de groupement d'entreprises s'accompagnent généralement d'une répartition de responsabilité entre les intervenants permettant alors de transférer les conséquences d'un risque avéré sur la ou les entités qui en ont la charge dans les contrats et conventions qui les lient³⁹⁵.

La gestion des risques lors de l'exécution contractuelle est donc dépendante des stratégies adoptées par les parties. Lorsque le risque survient, sa gestion peut s'effectuer soit par le déclenchement de clauses contractuelles initialement prévues, soit par des modifications unilatérales ou des modifications conventionnelles³⁹⁶.

Gestion par le contrat lui-même. D'une part, lorsque le risque survient, le premier outil de gestion du risque ne saurait être autre chose que le contrat lui-même puisque la fonction globale du contrat, en tant qu'acte de prévision, est le traitement de l'incertitude prévisible à travers la répartition des risques et la protection contre des comportements opportunistes

³⁹⁴ Laurent Pierandrei, *op. cit.*, p. 33-61.

³⁹⁵ À noter que ces contrats et ces conventions relèvent du droit privé et ne lient pas contractuellement l'autorité contractante. En revanche elles produisent des effets pour l'autorité contractante par le droit au paiement directe d'origine légal et désormais par la décision du Conseil d'État du 11 octobre 2021, *Société coopérative métropolitaine d'entreprise générale (CMEG)*, n° 438872, sur l'invocabilité potentielle du non-respect du contrat de sous-traitance dans le cadre d'une action en responsabilité extracontractuelle dirigée contre le sous-traitant.

³⁹⁶ Dans ses précédents travaux, la Chaire a pu traiter des modifications contractuelles en cours d'exécution. Les propos, ici, n'ont pour seule finalité de visualiser des outils de gestion des risques. Pour en savoir plus sur la modification contractuelle, voir : Chaire de droit des contrats publics, *La modification des contrats de la commande publique*, 2023, disponible en ligne sur le site de la Chaire : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/>.

pouvant être à l'origine de risques³⁹⁷. À ce titre, les sciences juridiques considèrent la rédaction des contrats comme une précaution face à l'avenir, caractérisé par l'incertitude, et reconnaissent en conséquence deux dimensions réglementaires du contrat : la planification des performances et la planification des risques³⁹⁸. Cette planification des risques implique la planification de leur gestion s'ils se réalisent. Dès lors, les clauses prévues au contrat en ce sens pourront être enclenchées, notamment les clauses de réexamen (à condition d'être claires et non-équivoques, conformément aux dispositions du Code de la commande publique³⁹⁹ et des directives européennes⁴⁰⁰) pour adapter le contrat à la suite de la survenance du risque, ou les clauses de révision des prix⁴⁰¹, ou encore des clauses de rendez-vous pour favoriser la résolution conjointe et partenariale du risque par les parties. Ces clauses sont à appréhender comme des plans d'action contractualisés et des options éventuelles pour contenir ou réparer les conséquences de la survenance d'un risque⁴⁰².

Gestion par modification unilatérale ou conventionnelle. D'autre part, lorsque le risque ne peut pas être géré par le contrat lui-même, des modifications contractuelles peuvent être ordonnées unilatéralement par la personne publique ou peuvent être convenues entre les parties par avenant. Le recours à ces outils (ordre de service ou avenant) peut à son tour engendrer un risque de légalité étant donné que les modifications apportées au contrat à la suite de la survenance du risque doivent s'inscrire dans l'une des hypothèses légales autorisées, prévues aux articles L. 2194-1 ou L. 3135-1 du Code de la commande publique⁴⁰³. À l'inverse des clauses de réexamen ou de révision des prix, les parties ont, ici, moins de souplesse d'action en raison de l'encadrement juridique des modifications non prévues par le contrat. Ces options de gestion unilatérale ou conventionnelle interviennent donc en deuxième lieu dans le cadre du *contrat management*, dès lors que le contrat ne prévoit pas dans ses clauses des plans d'action et de gestion d'un risque.

³⁹⁷ Ralph Schuhmann et Bert Eichhorn, *art. cit.*.

³⁹⁸ *Idem.*

³⁹⁹ CCP, art. L. 2194-1, 1°, L. 3135-1, 1°, R. 2194-1 et R. 3135-1.

⁴⁰⁰ Dir. 2014/23/UE, art. 43 ; Dir. 2014/24/UE, art. 72 ; Dir. 2014/25/UE, art. 89.

⁴⁰¹ Ceci suppose que les indices utilisés dans la formule de révision des prix permettent d'absorber suffisamment les conséquences financières d'un risque. Pour cela, ces indices doivent être cohérents et adaptés à l'objet du marché. Sur ce point, voir : Chaire de droit des contrats publics, *La modification des contrats de la commande publique, op. cit.*, Partie 3.

⁴⁰² Ralph Schuhmann et Bert Eichhorn, *art. cit.*.

⁴⁰³ À savoir, les modifications de faible montant, les modifications non substantielles, les modifications pour circonstances imprévues et les modifications pour travaux, fournitures ou services supplémentaires devenus nécessaires, ainsi que les modifications pour substitution d'un nouveau cocontractant.

Réclamations précontentieuses et contentieuses. Enfin, malgré la présence de clauses permettant de contenir ou réparer les conséquences d'un risque qui s'est réalisé, ainsi que de dispositifs légaux de modifications du contrat en cours d'exécution, les parties peuvent être divisées sur la charge du risque. Le déclenchement des clauses peut être refusé ou discuté, les ordres de service peuvent faire l'objet de réserves et les demandes de modifications ou d'indemnisation rejetées. La résolution du différend peut alors s'opérer à l'amiable par le recours à des comités de règlement des différends (comme les CCIRA ou le CCNRA) ou des *dispute boards*, à la médiation (juridictionnelle ou non) et à des protocoles transactionnels. Les recours contentieux en indemnisation sont également envisageables, étant donné que le recours en contestation d'un ordre de service ou d'un avenant n'est pas recevable lorsqu'il est introduit par l'une des parties au contrat⁴⁰⁴.

Conclusion. En définitive, en tant qu'évènement incertain prévisible (positif comme négatif), le risque fonde l'essentiel de la stratégie et de la gestion contractuelle, tant en droit privé qu'en droit public. Cette répartition peut être envisagée, d'une part, de manière équilibrée dans le cadre d'une répartition des risques cohérents et adaptés à l'objet du contrat et aux performances attendues avec des clauses d'allocation d'un risque à la partie étant la plus apte à en assumer les conséquences et à le traiter. D'autre part, cette répartition peut s'effectuer par un transfert des risques par l'autorité contractante vers le cocontractant afin de réduire au maximum sa propre responsabilité, au préjudice du prix global du contrat. En tout état de cause, il est essentiel que le contrat, en tant qu'acte de prévision, contienne des clauses permettant aux parties de gérer les risques et de réparer leurs conséquences, éventuellement par une indemnisation ou une adaptation des obligations contractuelles en cours d'exécution. La gestion du risque doit être, effectivement, contractualisée : l'outil privilégié de traitement des risques ne peut être que le contrat lui-même, les dispositifs légaux et réglementaires n'intervenant qu'à titre supplétif.

Les résultats des enquêtes menées par la Chaire entre janvier et mars 2023 permettent de confirmer l'approche théorique de la recherche et d'apporter des éclairages utiles et nécessaires pour mieux comprendre les pratiques et les attentes des professionnels du droit en matière de répartition et de traitement des risques dans les contrats de la commande publique.

⁴⁰⁴ 5 CE, 15 nov. 2017, n° 402794, *Société Les Fils de Madame Géraud: Cts et MP* 2018, comm. 18, obs. J.-P. Piétri ; *CP* 183/2018, p. 65, obs. A. Fourmon. Voir également : L. RICHER et F. LICHERE, *op. cit.*, p. 350. À noter que, au regard de la définition du risque retenue, le rapport ne s'intéresse pas aux réclamations fondées sur la théorie de l'imprévision, le fait du prince ou les sujétions techniques imprévues.

SECTION 5 : L'EXEMPLE ANGLAIS DES CONTRATS COLLABORATIFS

Définition. Les difficultés d'exécution rencontrées dans la réalisation de certains projets de construction et les litiges qu'ils entraînent ont fini par convaincre les parties de la nécessité de recourir à des modèles contractuels plus collaboratifs afin d'obtenir de meilleurs résultats. En effet, les donneurs d'ordre et les constructeurs ont admis qu'il y avait un « *bénéfice mutuel à travailler en collaboration* »⁴⁰⁵. Dans un rapport publié en 1994, Sir Latham faisait de l'absence de collaboration entre les parties, l'une des causes majeures de la mauvaise exécution de certaines prestations. Une étude plus récente de *EC Harris Global Construction Report, datant de 2013, établit à nouveau le lien entre la survenance de litiges dans les contrats de construction au Royaume-Uni et le défaut de collaboration entre les parties.*

En réponse, plusieurs contrats dits de collaboration ou collaboratifs sont apparus au Royaume-Uni au milieu des années 1990 afin de pallier les insuffisances des contrats traditionnels. Comme leur nom l'indique, ces contrats supposent « *une collaboration entre le développeur, le constructeur et le concepteur dès le début du projet pour réduire les incertitudes, les risques, les coûts supplémentaires et les conflits entre les parties* »⁴⁰⁶. La « *confiance mutuelle* » et la « *coopération* », se traduisant en une « *transparence accrue* », sont érigées en principes devant habiter les parties durant la conclusion et l'exécution du contrat⁴⁰⁷.

Il ressort du rapport Latham précité qu'un contrat collaboratif implique :

⁴⁰⁵ Amit Kapoor, « What is Collaborative Contracting? [And why is it so useful?] », *Mindful contract*, 2021.

⁴⁰⁶ « Collaborative contracts: the Australian formula to reduce cost overruns and litigation in public works », *CE Noticias Financieras*, English ed. Miami. 2023.

⁴⁰⁷ Peter Kamminga, « An Introduction to Collaborative Construction Contracts for Large and International Projects », *Mediate*, 2022.

- « *Un devoir spécifique pour toutes les parties de traiter équitablement les unes avec les autres, ainsi qu’avec leurs sous-traitants, spécialistes et fournisseurs, dans un climat de coopération mutuelle* »⁴⁰⁸ ;
- « *Des étapes de travail clairement définies, y compris des jalons ou d’autres formes de calendrier d’activités* »⁴⁰⁹ ;
- Une « *intégration du travail des concepteurs et des spécialistes* »⁴¹⁰ ;
- Un « *accord de partenariat spécifique et formel* » qui « *ne se limite pas à un projet particulier* »⁴¹¹ ;
- Des accords de « *partenariat* » qui « *comprennent des objectifs mutuellement convenus et mesurables pour l’amélioration de la productivité* »⁴¹² ;
- Une « *Motivation financière partagée* » et des « *incitations à des performances exceptionnelles* »⁴¹³ ;
- La nécessité de « *Prendre toutes les mesures possibles pour éviter les conflits sur le site* »⁴¹⁴.

Variété des contrats collaboratifs. Un certain nombre de contrats sont qualifiés de collaboratifs : *Alliance contract*, *New Engineering contract (NEC)*, *PPC Two Thousand et Early Contractor Involvement (ECI)*, etc.. L’industrie pétrolière et gazière est la première à avoir eu recours à des contrats collaboratifs⁴¹⁵. Les secteurs de la santé, de la vente, de la finance puis de la construction s’en sont par la suite inspirés⁴¹⁶. Ces contrats sont généralement utilisés dans la réalisation de « *grands projets* »⁴¹⁷, c’est-à-dire « *ceux de grande envergure ou ceux impliquant une réhabilitation dans laquelle les infrastructures doivent continuer à fonctionner* »⁴¹⁸. Ils ont été transposés par une poignée d’États répartis comme suit : Amérique du Nord (États-Unis, Canada), Europe (Royaume-Uni, Pays-Bas, Finlande, Suède), en Océanie (Australie, Nouvelle-Zélande), en Asie (Hong-Kong, Singapour) et Amérique du Sud (Pérou). D’autres pays entendent importer ce modèle. En Espagne, une

⁴⁰⁸ Roxana Vornicu, « *Procurement and contracting under FIDIC, JCT, NEC and PPC* », King’s College London, Module C, Centre of Construction Law and Dispute Resolution, 2024.

⁴⁰⁹ *Idem.*

⁴¹⁰ Roxana Vornicu, *art.cit.*.

⁴¹¹ *Idem.*

⁴¹² *Idem.*

⁴¹³ *Idem.*

⁴¹⁴ *Idem.*

⁴¹⁵ Peter Kamminga, *art.cit.*.

⁴¹⁶ *Idem.*

⁴¹⁷ Guillaume Feld, « *L’Early Contractor Involvement : un schéma collaboratif accessible, efficace et facilement transposable en droit français* », *RDI*, 2023. 212.

⁴¹⁸ « *Collaborative contracts: the Australian (...)* », *art. cit.*.

table ronde s'est tenue en 2022 sur le thème « *les contrats de collaboration dans la construction, une alternative rentable* ». Au Chili, l'équivalent local de la SNCF, EFE, envisage d'intégrer ce modèle dans la réalisation de prochaines lignes de train Santiago-Batuco et Alameda-Melipilla⁴¹⁹.

Intérêt. Les contrats collaboratifs contiennent des clauses invitant les cocontractants à constituer des équipes de travail, à gérer conjointement les risques et à procéder à une évaluation des prestations réalisées en se fondant sur des indicateurs de performance⁴²⁰. Ils présentent l'avantage de permettre une meilleure maîtrise des coûts et des délais d'exécution⁴²¹. La réalisation de grands projets s'étendant sur de longues périodes, les contrats de collaboration aident les parties à obtenir de meilleurs résultats et à entretenir de meilleures relations de travail⁴²², minimisant le risque réputationnel et financier que causerait une défaillance en cours d'exécution⁴²³. Les rapports entre les parties sont plus équilibrés dans la mesure où les décisions sont prises à l'unanimité⁴²⁴. Le contrat de collaboration favorise ainsi l'échange d'informations entre le donneur d'ordre et l'entrepreneur, ainsi que leur participation active. En effet, « *Si un client et un fournisseur partagent un objectif commun, ils prendront les mêmes décisions, ce qui signifie que le fournisseur ne provoque plus d'aléa moral et que le client peut faire confiance au fournisseur avec des droits de décision, sachant que le fournisseur prendra des décisions dans leur intérêt mutuel* »⁴²⁵.

Par ailleurs, les modes de règlements alternatifs des différends, en l'occurrence la médiation ou l'arbitrage, doivent être priorisés. « *Dans le cadre d'un projet de tunnel aux Pays-Bas, l'entrepreneur français et le propriétaire du projet néerlandais ont convenu de nommer un comité de résolution des litiges (DRB) pour résoudre les différends par médiation, en fournissant des avis d'experts ou un arbitrage, selon le problème.* »⁴²⁶.

⁴¹⁹ « EFE will be the first state-owned company to adopt collaborative contracts and is open to integrating them into major projects », *CE Noticias Financieras*, English ed. Miami, 2022.

⁴²⁰ Peter Kamminga, *art.cit.*

⁴²¹ « EFE will be the first state-owned company to adopt collaborative contracts and is open to integrating them into major projects », *art.cit.*

⁴²² Voir : Clare Naden, « L'esprit de collaboration au service de l'entreprise », *Iso*, 2017, à propos de la Norme ISO 44001, systèmes de management collaboratif d'une relation d'affaire – exigences et cadre de travail.

⁴²³ Peter Kamminga, « An Introduction to Collaborative Construction Contracts for Large and International Projects », *Mediate*, 2022.

⁴²⁴ « Collaborative contracts: the Australian formula to reduce cost overruns and litigation in public works », *CE Noticias Financieras*, English ed.; Miami, 2023.

⁴²⁵ Arjan De Jong, Klaas Smit, « Collaborative contracts for inter-organisational quality systems », *Journal of Quality in Maintenance Engineering*, Bradford Vol. 18, Iss. 2, 171-182, 2012.

⁴²⁶ Peter Kamminga, *art.cit.*

En outre, certains contrats collaboratifs contiennent des clauses de « *non-blâme* » ou de « *non-réclamation* » qui interdisent aux parties de saisir un juge en cas de litige les opposant ou de faire preuve de solidarité en cas de condamnation d'un des cocontractants, dans une affaire avec un tiers, au paiement de dommages et intérêts⁴²⁷.

Répartition des risques. Les contrats de collaboration permettent également aux parties d'œuvrer ensemble en vue d'une exécution efficace du projet⁴²⁸. En ce sens, ils favorisent une gestion proactive et conjointe des risques⁴²⁹. Ils peuvent en effet contenir des clauses de gestion des risques et d'alerte précoce⁴³⁰. Elles consistent d'une part à « *prévoir un processus flexible et complet d'identification des risques, spécifique au projet, avant le début des travaux* »⁴³¹ et d'autre part, à réagir en cas de survenance de risques non identifiés ou « *lorsque la survenance d'un risque [identifié] nécessite une modification du processus de gestion des risques préalablement convenu* »⁴³².

Hormis ces clauses, les parties peuvent souscrire à une « *assurance des risques chaque fois qu'elle est abordable et appropriée, mais sous réserve de limites de responsabilité* »⁴³³. De même, les parties sont amenées à « *convenir du partage ou de la répartition des risques résiduels en fonction de la partie la plus à même de gérer ces risques et de la partie la plus à même de se permettre le coût des risques qui ne peuvent pas être gérés, par exemple par le partage de la douleur* »⁴³⁴.

Transposition en droit public français. La collaboration s'observe essentiellement lors de la passation. Certaines procédures dérogatoires, telles que la procédure avec négociation et le dialogue compétitif permettent en effet à l'acheteur de définir en amont et de manière conjointe, avec des opérateurs économiques, les besoins et les solutions à même de les satisfaire⁴³⁵. Toutefois, le fait que « *l'acheteur public [soit] enclin au conservatisme, focalisé sur le prix du marché, et nerveux à l'idée d'engager sa responsabilité* » limite une plus grande importation de l'approche collaborative en droit public français. Or, plusieurs auteurs

⁴²⁷ Roxana Vornicu, *art.cit.*.

⁴²⁸ Koko Udom, « Improving collaborative construction contracts », *The NBS*, 2013.

⁴²⁹ *Idem.*

⁴³⁰ Amit Kapoor, *art.cit.*.

⁴³¹ *Idem.*

⁴³² *Idem.*

⁴³³ David Mosey, « The legal impact of good faith on risk management », King's College London, Module C, Centre of Construction Law and Dispute Resolution, 2024.

⁴³⁴ *Idem.*

⁴³⁵ Guillaume Feld, *art.cit.*.

ont démontré par exemple que l'incorporation du *Building Information Modeling* (BIM), non obligatoire en France mais vivement recommandée, se déroule mieux dans un cadre plus collaboratif tel que garanti par les contrats collaboratifs⁴³⁶.

Synthèse d'un entretien effectué avec un ingénieur français ayant expérimenté des contrats d'alliance au Royaume-Uni :

Organisation. Tout d'abord, il convient de signifier que tous les membres de l'alliance sont invités à déterminer un premier budget dénommé « *target cost 1* ». Ce budget permet aux membres de fixer un objectif de coût. Le montant fait, par la suite, l'objet d'un réajustement en fonction des résultats de l'étude d'exécution. Les parties s'engagent alors sur un second budget dénommé « *target cost 2* ». L'alliance revêt la forme d'une entité dans laquelle tous les membres, à savoir l'autorité publique bénéficiaire du projet, le groupe d'ingénieurs et le groupement d'entreprises de BTP en charge de la construction, sont représentés.

Prise de décision. Cette organisation favorise la prise de décision unanime. Les décisions stratégiques sont prises par l'*alliance leadership team* (ALT), composée de représentants de chaque cocontractant et d'un directeur du projet. Les décisions opérationnelles relèvent de la compétence de l'*alliance management team* (AMT) qui pilote le projet au quotidien. Tous les membres de l'alliance y sont également représentés. Les chefs de projet à la tête des différentes équipes de production peuvent régler également certaines questions sans avoir à se référer préalablement à une équipe. Suivant l'ingénieur interviewé :

« En fonction du type de décision à prendre, c'était soit au niveau du projet, soit au niveau de l'AMT, soit au niveau de l'ALT. Il n'y avait pas d'un côté un donneur d'ordres et de l'autre des personnes qui exécutent. Le projet a été construit ensemble. (...) Chacun apportait sa compétence. »

Poursuivant, il indique que les parties se réunissaient de manière périodique (hebdomadairement pour l'AMT, mensuellement pour l'ALT sur ce projet).

⁴³⁶ « Collaborative contracts: the Australian (...) », *art.cit.* ; Amit Kapoor, *art.cit.*.

Gestion du risque. Il s'avère pertinent de noter que dans certains projets de grande envergure, chaque sous-projet dispose de sa matrice des risques. Toutefois, ces matrices ont été établies après la signature du contrat : *« Les membres de l'alliance avaient convenu de se revoir au cas où il arriverait quelque chose d'imprévu. Les matrices sont tombées aux oubliettes puisque les problèmes ont été gérés autrement ».*

Déséquilibre. Même si le contrat d'alliance entend privilégier le dialogue permanent entre les parties en vue de les amener à prendre la meilleure décision pour le projet, les faits étant parfois rebelles, certains membres de l'alliance avaient parfois le sentiment d'être « pilotés » par ceux qui disposaient du poids financier le plus important. Tel est le principal reproche émis par l'interviewé au contrat d'alliance :

« Le projet était vraiment piloté par les constructeurs, qui influençaient toutes les décisions. Car le poids de l'ingénierie dans cette alliance était très faible. Le groupe d'ingénieurs représentait 5 % du montant total, donc disposait de 5% d'influence également. Tout était décidé avant. Je dirais même biaisé dans la mesure où les intérêts des constructeurs passaient avant l'intérêt du projet. [Par exemple], face à l'inflation des coûts des matériaux de construction, les ingénieurs dont il faisait partie ont proposé au client de recourir à des matériaux plus abordables. Les constructeurs n'étaient pas de cet avis et le client s'est laissé convaincre. »

Par conséquent, s'il est clair qu'un tel contrat apporte du « volume énorme de production » à chacun des cocontractants de la personne publique, l'inverse est moins le cas dans la mesure où « le projet a accusé un certain nombre de retards et coûté plus cher que prévu ».

De même, la mauvaise interprétation des clauses d'incitation inscrites au contrat, facultatives en droit français, pouvait affecter la bonne marche du projet en raison de la rigidité du « target cost », entendu comme un prix forfaitaire, qui restait le même malgré les modifications apportées au projet initial : *« Il a été très difficile pour nous, par exemple, de faire prendre en compte le fait qu'on faisait plus de conception pour diminuer les coûts. »*

Conclusion. Les contrats d’alliance présentent, en pratique, autant d’avantages que d’inconvénients. En effet, s’ils permettent aux parties de définir, en amont du projet, le budget qui lui sera alloué ou encore de prendre les décisions de manière conjointe, ils sont exposés, toutefois, à l’inconvénient de confier implicitement la conduite du projet à la partie qui dispose de la participation financière la plus importante dans la mesure où cela porte à l’égalité souhaitée.

PARTIE 2

SYNTHESE DES
ENTRETIENS ET
DES SONDAGES

Récension et analyse des retours d'expériences
des praticiens sur la répartition et le traitement
des risques dans la commande publique



PARTIE 2 : SYNTHÈSE DES ENTRETIENS ET DES SONDAGES

INTRODUCTION

Enquêtes de terrain. Pour évaluer l'étendue de l'appréhension des risques dans la pratique de la commande publique, la Chaire de droit des contrats publics a procédé en deux phases d'enquêtes de terrain : une enquête de terrain qualitative composée d'un panel de 25 entretiens semi-directifs et une enquête qualitative à laquelle ont répondu 117 participants⁴³⁷.

Enquête qualitative. Cette synthèse recense l'ensemble des données relatives au retour d'expérience sur la répartition et le traitement des risques dans les marchés et les contrats de concession récoltées auprès de 9 avocats spécialisés dans le domaine, des services juridiques de 7 autorités contractantes et de 8 opérateurs économiques, ainsi que d'une équipe de juristes et financiers d'un *think tank*, tous interviewés entre janvier et février 2024.

	AC01	AV01	AC02	AV02	AV03	AC03	AV04
Date de l'entretien	10/01	10/01	11/01	12/01	16/01	17/01 23/01	17/01
	OE01	AC04	AV05	OE02	AV06	AC05	AC06
Date de l'entretien	18/01	18/01	19/01	19/01	22/01	22/01	23/01
	AV07	OE03	AV08	TT01	OE04	AC07	OE05
Date de l'entretien	23/01	24/01	24/01	24/01	26/01	05/02	06/02
	OE06	OE07	AV09	OE08			
Date de l'entretien	07/02	07/02	15/02	19/02			

Figure 2.01 : Dates des entretiens⁴³⁸

⁴³⁷ Précisément, 192 personnes ont ouvert les formulaires d'enquête en ligne et seuls 117 d'entre elles ont répondu à la majorité des questions des sondages portant sur le fond de l'étude. Pour plus de détails sur le panel des enquêtés, voir *infra*.

⁴³⁸ AV : Avocat ; AC : Autorité contractante ; OE : Opérateur économique ; TT : *Think tank*.

Panel des interviewés. L'échantillon des participants à l'enquête qualitative se compose des trois catégories classiques reprenant les trois qualités des personnes ou organismes interviewés (avocats, autorités contractantes et opérateurs économiques). À celles-ci s'ajoute une quatrième catégorie ne comprenant qu'un seul enquêté : la catégorie *think tank*. En raison de la composition et des activités de cet organisme intéressant tant les autorités contractantes que les opérateurs économiques, il n'aurait pas été pertinent de le rattacher à une des catégories existantes sauf à créer des confusions dans la présente synthèse. Ainsi, le panel d'interviewés regroupe :

- **Pour la catégorie « Avocats » :** 5 conseillent principalement les opérateurs économiques (dont 2 également les prêteurs), 1 les autorités contractantes, et 3 conseillent autant l'un ou l'autre. Leurs dossiers sont principalement constitués de marchés globaux de conception-réalisation, de marchés de partenariat (ou contrat de partenariat), de marchés des travaux et de contrats de concession ;
- **Pour la catégorie « Autorités contractantes » :** 2 sont des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), 2 sont des établissements publics à caractère industriel et commercial (EPCI) de l'État, 2 sont des sociétés à capitaux publics et 1 est un service central de l'État ;
- **Pour la catégorie « Opérateurs économiques » :** 2 interviennent dans le secteur de la maîtrise d'œuvre, 2 dans le secteur du BTP et de la construction, 1 dans le secteur de l'informatique et de la télécommunication⁴³⁹, 3 sont des concessionnaires⁴⁴⁰. Parmi ces 8 participants, 3 sont principalement titulaires de contrats de concessions, les autres de marchés ;
- **Pour la catégorie « Think tank » :** 1 association relevant de la loi du 1^{er} juillet 1901 déclarée d'utilité publique dont les adhérents proviennent à la fois de la sphère privée que de la sphère publique.

⁴³⁹ Les contrats peuvent tant concerner de la fourniture de matériels informatiques (ex. : ordinateurs, serveurs, téléphones, etc.) que des prestations de services de télécommunication ou informatiques (ex. : *cloud*, coffre-fort numérique, etc.) ou des opérations de réalisation et de maintenance de réseaux (ex. : réseau de fibre optique), ainsi que des prestations mixtes (ex. : *smart cities*).

⁴⁴⁰ Les secteurs d'activités ne seront pas précisés pour garantir l'anonymat des opérateurs économiques.

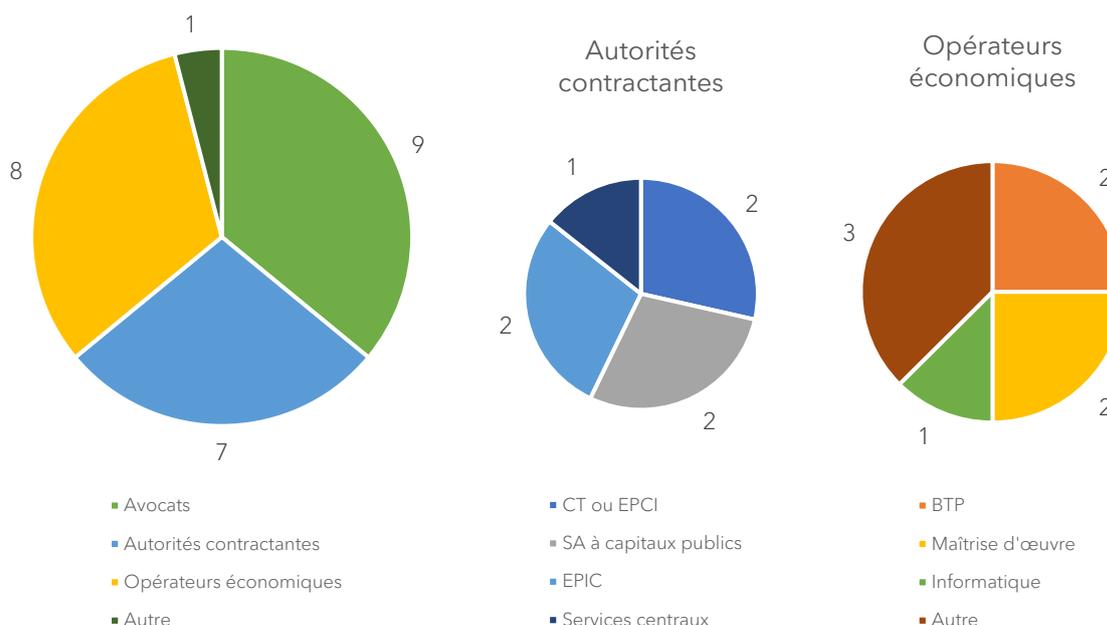


Figure 2.02 : Profil des interviewés

Modalités. Les entretiens ont été menés à l'appui d'un guide d'entretien établi en décembre 2023 par la Chaire en prenant soin que la discussion soit la plus libre possible. Dans le cadre de ces recherches, un unique guide d'entretien a été réalisé afin d'interroger les enquêtés sur leur appréhension théorique et pratique des risques (plus précisément sur la notion de risque, l'identification et l'évaluation des risques), de leur couverture, de leur répartition (afin de déterminer les pratiques contractuelles en la matière et l'équilibre des risques généralement retenu dans les contrats de la commande publique) et de leur traitement lorsque le risque survient, ainsi que sur les attentes juridiques et/ou opérationnelles des professionnels pour améliorer la répartition et le traitement des risques. Celui-ci comprenait par moments des questions spécifiques à la qualité de l'interviewé, selon qu'il s'agissait d'une autorité contractante, d'un opérateur économique ou d'un avocat. Par ailleurs, les questions adressées au *think tank* interrogé se sont inspirées de celles prévues pour les avocats. Cette différence de traitement justifiée par la particularité de la structure participante n'est *a priori* pas de nature à engendrer un quelconque biais susceptible de fausser les résultats de l'enquête qualitative.

L'ensemble des entretiens a été mené par visioconférence privée à l'aide du logiciel Microsoft Teams©.

Les précautions nécessaires ont été prises afin de garantir l’anonymat des interviewés. Les entretiens n’ont d’ailleurs pas fait l’objet d’enregistrement audio ou vidéo, leur préférant la prise de notes manuscrites.

Enquête quantitative. Dans la continuité de cette enquête qualitative, une enquête quantitative a été menée avec trois sondages en ligne respectivement destinés aux autorités contractantes (c’est-à-dire aux acheteurs et aux autorités concédantes), aux opérateurs économiques titulaires de contrats de la commande publique et aux avocats traitant de dossiers en commande publique afin de vérifier auprès d’un panel plus large de participants les résultats obtenus lors des entretiens⁴⁴¹. Les sondages étaient accessibles du 20 février au 29 mars 2024 sur la plateforme LimeSurvey, et partagés sur la page LinkedIn de la Chaire ainsi que par certains partenaires et des organismes tiers⁴⁴².

Panel des sondés. Si 192 personnes ont ouvert un des trois sondages, 117 d’entre elles ont répondu à la majorité des réponses sur le fond de la recherche portant sur leur retour d’expérience en matière de répartition et de traitement des risques dans les contrats de la commande publique⁴⁴³. Précisément, le panel des sondés se compose de la manière suivante :

- **Pour la catégorie « Avocats » :** 9 avocats ont participé à l’enquête quantitative. Si 2 d’entre eux ont moins de 5 années d’expérience, les 7 autres ont une expérience professionnelle supérieure à 10 ans. Parmi les 9 avocats, 6 ont comme domaine principal d’exercice la commande publique et 4 précisent être spécialisés en ce domaine. Majoritairement, les avocats ayant répondu au sondage exercent tant en matière de conseil que de contentieux, un seul indique ne traiter que de dossiers contentieux. Leurs principaux clients sont pour 5 d’entre eux indistinctement des autorités contractantes et des opérateurs économiques, pour 2 autres des autorités

⁴⁴¹ Les questions des sondages étaient structurées en 5 parties. La première consistait à déterminer le profil du sondé. La deuxième avait pour objet de recenser les retours d’expériences des participants sur la détermination, l’évaluation et la couverture des risques. Cette partie comportait un premier thème sur la conception de la notion de risque par les sondés, un deuxième thème sur les méthodes d’identification et d’évaluation des risques, et un troisième sur la couverture des risques. La troisième partie du sondage s’intéressait à la mise en œuvre de la répartition et de la gestion des risques dans les contrats de la commande publique. La quatrième partie cherchait à identifier les difficultés rencontrées dans la résolution contentieuse et non contentieuse des différends liés aux risques. Enfin, la cinquième partie entendait dresser un panorama des attentes juridiques et opérationnelles des sondés quant à la répartition et la gestion des risques.

⁴⁴² La Chaire remercie notamment l’Association française des juristes d’entreprise (AFJE, Section de droit public) pour la promotion de l’enquête quantitative auprès de ses adhérents à l’issue du webinar sur la digitalisation de la commande publique organisé par elle avec la participation de la Chaire.

⁴⁴³ Parmi les personnes ayant ouvert un des formulaires d’enquête, 43 n’ont répondu qu’aux questions relatives à leur profil. Puisqu’elles n’ont pas répondu à une seule question de fond, celles-ci ne sont pas comptabilisées dans le panel effectif des sondés composé de 117 personnes.

contractantes et pour les 2 derniers des opérateurs économiques. Enfin, les dossiers sur lesquels les avocats sondés sont saisis concernent majoritairement des marchés publics de travaux (8 sur 9), des contrats de concession de services (4 sur 9), des marchés globaux ou de partenariat (3 sur 9), des marchés publics de fournitures et de services (3 sur 9), des contrats de concession de travaux (3 sur 9), des marchés publics de maîtrise d'œuvre (2 sur 9) et des contrats de concession d'aménagement (1 sur 9) ;

- **Pour la catégorie « Autorités contractantes » :** 50 autorités contractantes ont participé à l'enquête quantitative, majoritairement en qualité de pouvoir adjudicateur (45 sur 50), les autres en qualité d'entité adjudicatrice (5 sur 50). Parmi elles, 11 sont des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI), 7 des communes, 6 des établissements publics administratifs de l'État, 5 des départements, 3 des établissements publics industriel et commercial (EPIC) de l'État, 3 des EPIC locaux, 3 des sociétés d'économie mixte locale (SEML) ou des sociétés publiques locales (SPL), 3 groupements d'intérêt public, 2 des administrations centrales de l'État, 2 des sociétés nationales à capitaux publics, 1 administration territoriale de l'État, 1 autorité administrative ou publique indépendante, 1 région, 1 territoire ultramarin à statut particulier et 1 groupement hospitalier de territoires (GHT). Si 3 des autorités contractantes ayant répondu au sondage sont des petites structures de moins de 50 agents, 18 emploient entre 51 et 500 agents, et 29 autres plus de 501 agents. Enfin, les principaux contrats publics conclus par ces organismes⁴⁴⁴ sont majoritairement des marchés publics de fournitures et de services (48 sur 50), des marchés publics de travaux (37 sur 50) et des marchés publics de maîtrise d'œuvre (33 sur 50), puis, minoritairement, des contrats de concession de services (13 sur 50), des marchés globaux ou de partenariat (11 sur 50), des contrats de concession de travaux (3 sur 50) et de concession d'aménagement (1 sur 50) ;
- **Pour la catégorie « Opérateurs économiques » :** 38 opérateurs économiques ont participé à l'enquête quantitative, dont 32 entreprises de plus de 500 employés, 2 entreprises de moins de 10 employés, 1 groupe de plus de 1000 salariés et 1 syndicat. Ceux-ci sont principalement titulaires de marchés publics de travaux (27 sur 38), de marchés globaux ou de partenariat (17 sur 38), de contrats de

⁴⁴⁴ Les formulaires des sondages prévoyaient, sur ce point, une question à choix multiples. L'ensemble des sondés a sélectionné au moins deux réponses.

concession de travaux (8 sur 38), de contrats de concession de services (6 sur 38), de marchés publics de fournitures et de services (5 sur 38), de marchés publics de maîtrise d'œuvre (5 sur 38), et de contrats de concession d'aménagement (2 sur 38)⁴⁴⁵.

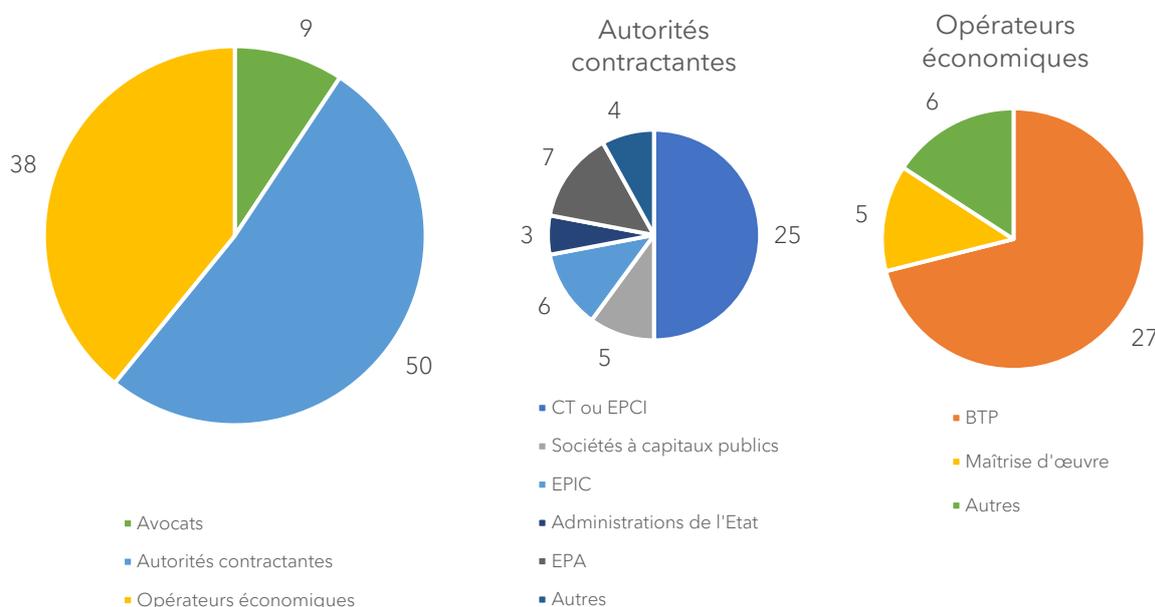


Figure 2.03 : Profil des sondés

Thèmes abordés. Les données récoltées sont ci-après classées dans l'ordre du guide d'entretien et des formulaires de sondages en ligne afin que la synthèse reste fidèle au déroulement des enquêtes de terrain. Chaque entretien ou sondage débutait par un état des lieux sur la notion de risque afin de dresser les caractéristiques principales d'un risque, ainsi que de son identification, son évaluation et ses garanties (**Section 1**). Les entretiens et sondages se poursuivaient par le partage des retours d'expérience des participants sur la répartition et le traitement des risques (**Section 2**), puis sur leurs expériences contentieuses et précontentieuses liées aux risques (**Section 3**). Enfin, les entretiens et sondages se concluaient par des propos

⁴⁴⁵ Deux précisions doivent être ici apportées. Tout d'abord, le syndicat ne répond pas en tant que titulaire, mais en tant que soutien aux entreprises d'un secteur d'activité spécifique afin de les aider à mieux anticiper les risques inhérents à leurs activités dans le cadre de contrats de la commande publique. Ensuite, les formulaires des sondages prévoyaient, sur ce point, une question à choix multiples. L'ensemble des sondés a sélectionné au moins deux réponses.

prospectifs sur les attentes juridiques ou opérationnelles en matière de répartition et de traitement des risques dans les marchés et les contrats de concession (**Section 4**)⁴⁴⁶.

⁴⁴⁶ Des résumés d'étape sont proposés à la fin de chaque section.

Section 1 : L'approche pratique de l'identification, de l'évaluation et de la garantie des risques

Objectif des enquêtes. Afin de dresser un état des lieux de la pratique de l'identification, de l'évaluation et de la garantie des risques, il était demandé en début de chaque entretien et sondages aux participants de définir la notion de risque et de poser leur regard sur l'évolution du risque ces cinq dernières années (§I.). Ensuite, les enquêtes s'orientaient autour des méthodes mises en œuvre pour identifier et évaluer les risques sur chacun de leurs projets (§II.) et pour couvrir ou garantir ces risques (§III.).

§I. Le regard des praticiens du droit sur le concept du risque

Déroulement des enquêtes. L'ensemble des enquêtés a été confronté à la même problématique, à savoir celle de définir la notion de risque (A.) et d'évaluer l'évolution du risque ces dernières années (B.).

A. La définition du risque en droit de la commande publique

Indétermination de la notion de risque. Chaque enquête débutait par une question portant sur la définition que les enquêtés ont de la notion de risque. Si la majorité des enquêtés ont tenté de définir ladite notion, dans le cadre des entretiens, 4 n'y ont pas répondu et 6 autres ont admis n'avoir qu'une perception pratique du risque dressant alors une liste de risques pouvant être rencontrés dans les contrats de la commande publique.

Distinction contrat administratif et contrat privé par les interviewés. Majoritairement, les interviewés considèrent que les contrats publics ne sont pas plus à risque

que les contrats privés⁴⁴⁷. Il demeure, selon l'un d'entre eux, que « *les projets publics, en revanche, sont davantage exposés à certains risques que les projets privés comme les risques politiques ou les troubles empêchant la réalisation du projet* ».

Toutefois, un opérateur économique estime que généralement les contrats administratifs sont plus risqués que les contrats privés en raison du déséquilibre propre à la première catégorie :

« Il y a plus de risques dans les contrats administratifs, car il y a un déséquilibre entre les parties : donc le contrat est plus à risque, mais on est au courant en signant. Dans un contrat privé, on partage la même logique économique et la même approche des risques. Toutefois, il y a des contrats privés, notamment des contrats par des concessionnaires privés, où les risques sont finalement plus importants en raison de clauses déséquilibrées notamment pour le paiement (20% réglé à la réception, établissement du DGD qu'après toute les réserves levées, pénalités en cas de non-transmission du devis pour prix nouveaux sous dix jours, etc.). »

Ce constat n'est pas partagé par un avocat pour qui les contrats administratifs et les contrats privés ont tendance à se ressembler même si des spécificités perdurent pour les premiers (comme avec le pouvoir de résiliation pour motif d'intérêt général et la position « hiérarchique » de la personne publique vis-à-vis de l'opérateur privé). En réalité, selon lui, la différence d'appréhension des risques réside dans « *le fait d'être maître ou non de son process* », car en présence d'impératifs de performance d'un ouvrage, un maître d'ouvrage privé se comporte de plus en plus souvent comme un maître d'ouvrage public.

Distinction discutée par les sondés. Contrairement aux interviewés qui ont majoritairement estimé que les contrats administratifs n'étaient pas plus à risque que les contrats privés, les résultats des sondages sont plus contrastés. En effet, si 43 sondés (soit 52,4% : 3 avocats, 21 autorités contractantes et 19 opérateurs économiques) rejoignent l'avis majoritaire des interviewés, 39 autres (soit 47,6% : 5 avocats, 19 autorités contractantes et 15 opérateurs économiques) estiment plus à risque les contrats administratifs. Au regard des commentaires des répondants, la question qui leur était soumise a été comprise par le panel des enquêtés, non

⁴⁴⁷ Un opérateur économique précise qu'aucun des deux mondes n'est idéal. S'il est vrai que pour les marchés privés la négociation est plus aisée que pour des marchés publics, il demeure qu'en exécution, il est plus difficile d'obtenir des compléments de rémunération pour « casser » le prix forfaitaire global dans le cadre d'un marché public que lorsqu'il s'agit d'un marché privé où les parties se réfugient systématiquement derrière le contrat en tant que loi des parties.

pas comme une comparaison entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé, mais comme une distinction entre les contrats de la commande publique et les contrats hors champ de la commande publique. Cette interprétation peut expliquer la différence d'opinions entre les interviewés et les sondés. Or, à la réflexion, ceci n'est pas dénué d'intérêt et finalement apporte un éclairage supplémentaire de l'appréhension du risque entre deux autres univers : celui des contrats de la commande publique et celui des contrats privés non soumis aux dispositions du Code de la commande publique. Les 39 sondés ayant estimé que les contrats de la commande publique sont plus à risque que les contrats hors commande publique justifient leur position en raison de l'environnement législatif et réglementaire des contrats de la commande publique. À ce titre, les manquements aux règles de passation des contrats de la commande publique⁴⁴⁸, le manque de souplesse dans la négociation et la modification des contrats⁴⁴⁹, les risques de contestation par des tiers (en particulier les candidats évincés ou le préfet)⁴⁵⁰ et les délits spécifiques de la prise illégale d'intérêts (Code pénal, art. 432-12) ou des atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession (Code pénal, art. 432-14)⁴⁵¹ sont les arguments les plus couramment avancés pour appuyer leur opinion.

En outre, l'exigence de bonne gestion des deniers publics⁴⁵², les principes de continuité et de mutabilité du service public⁴⁵³, la responsabilité des gestionnaires publics (en particulier depuis l'ordonnance n° 2022-408 du 23 mars 2022 relative au régime de la responsabilité financière des gestionnaires publics créant un régime juridictionnel unifié de responsabilité des gestionnaires publics et des gestionnaires d'organismes relevant du Code de la Sécurité

⁴⁴⁸ Pour 9 sondés (2 avocats, 5 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques). Un sondé souligne d'ailleurs la « rigidité du processus d'achat » comme facteur d'augmentation des risques.

⁴⁴⁹ Pour 9 sondés (2 avocats, 4 autorités contractantes et 3 opérateurs économiques). Toutefois, un opérateur économique considérant que les contrats de la commande publique ne sont pas plus à risque que les contrats de droit privé non soumis aux dispositions du Code de la commande publique souligne que les difficultés à modifier un contrat de la commande publique sont théoriques : « Un contrat public reste soumis aux grandes orientations politiques face à la survenance d'un événement imprévisible qui peut contraindre les maîtres d'ouvrage à modifier les clauses en faveur du titulaire (ex. : Covid-19 et crises des matières premières). Ce n'est pas le cas dans les contrats privés où le maître d'ouvrage reste libre de modifier ou non les clauses en faveur du titulaire du contrat, même en cas de circonstances particulières comme dans l'exemple précédemment évoqué. Les maîtres d'ouvrage publics sont incités par les pouvoirs publics à modifier les contrats en cours. » Il convient toutefois de relativiser ce constat au regard des données récoltées par la Chaire dans un précédent rapport consacré à la modification des contrats de la commande publique. Voir : François Lichère (dir.), *Modification des contrats de la commande publique*, Chaire de droit des contrats publics, 2023, disponible sur le site de la Chaire.

⁴⁵⁰ Pour 4 sondés (1 avocat et 3 autorités contractantes).

⁴⁵¹ Pour 3 sondés (1 avocat et 2 autorités contractantes).

⁴⁵² Pour 1 avocat sondé.

⁴⁵³ Pour 1 avocat, 1 autorité contractante et 1 opérateur économique sondés.

sociale)⁴⁵⁴, les risques politiques auxquels sont confrontés les projets publics⁴⁵⁵ sont également mentionnés comme des éléments augmentant les risques dans les contrats de la commande publique. De plus, comme le relève un avocat sondé :

« En se plaçant du point de vue des cocontractants, le risque d'exécution est potentiellement plus important [dans les contrats de la commande publique] compte tenu des prérogatives de puissance publique dont dispose l'administration. La compensation des mesures unilatérales de modifications ou autre n'est pas toujours à la hauteur des préjudices subis. »

Dans cette continuité, d'autres répondants (1 autorité contractante et 4 opérateurs économiques) retiennent également les prérogatives de puissance publique et la relation contractuelle déséquilibrée comme source de risques accrus pour les contrats (administratifs) de la commande publique en raison de la protection qu'en tire la personne publique de ses intérêts⁴⁵⁶.

Enfin, un opérateur économique associe le risque accru des contrats de la commande publique du fait *« de dérives majeures dans les plannings liées à des DCE de moins en moins bien rédigés, et de maîtres d'œuvre ou de maîtres d'ouvrage qui n'exercent pas ou peu leurs pouvoirs de contrôle et de direction »*.

Toutefois, une légère majorité se dégage des participants aux sondages en faveur d'une situation comparable dans les contrats de la commande publique (administratifs ou non) et les contrats de droit privé non soumis aux dispositions du Code de la commande publique (43 sur 82 personnes ayant répondu à la question, soit 52,4 %). Même si les acheteurs publics sont plus fermés à la négociation, l'ensemble de ces répondants reconnaît une tendance à l'équilibre de la comparaison entre contrats publics et contrats privés sur la question du risque, notamment par l'instauration de plus en plus systématique de clauses de réexamen, de révision des prix, d'imprévision ou encore grâce aux clauses des CCAG ou la présence de matrice des risques⁴⁵⁷, ainsi que par l'évolution des pratiques autour du management des risques⁴⁵⁸. L'un des opérateurs économiques sondés relève d'ailleurs :

⁴⁵⁴ Pour 1 autorité contractante sondée.

⁴⁵⁵ Pour 1 autorité contractante.

⁴⁵⁶ Une autorité contractante observe, à ce propos, que la mise en œuvre des prérogatives de puissance publique comme les modifications unilatérales peut détériorer les relations contractuelles à cause des tensions avec les titulaires qu'elle peut provoquer, là où ceci n'est communément pas admis pour les contrats de droit privé.

⁴⁵⁷ Pour 8 opérateurs économiques et 2 autorités contractantes.

⁴⁵⁸ Selon 1 autorité contractante et 2 opérateurs économiques.

« Dès l'émergence d'un risque, que ce soit dans le cadre des marchés publics ou privés, la discussion se concentre surtout sur la notion de forfait ou hors forfait. La distinction éventuelle pourrait résider dans le fait que le principe de forfait est moins contraignant dans le contexte des marchés publics qu'en marchés privés. En revanche, les démarches de réclamation en marchés publics sont soumises à un cadre rigoureux rendant les négociations moins aisées qu'en privé. »

Quoiqu'il en soit, tant en droit public qu'en droit privé, le risque est pour chacun des enquêtés l'élément central du contrat puisque ce dernier est normalement confectionné pour anticiper les risques⁴⁵⁹.

Approche pratique du risque. Le risque est, pour une autorité contractante interrogée, *« sans le moindre doute consubstantiel à notre discipline »*, à savoir le droit de la commande publique. Pour autant, en pratique la question de la définition ne se pose pas réellement, les services opérationnels et juridiques se concentrant surtout sur la détermination des risques propres à chaque projet, ceci permettant d'ailleurs de *« déterminer la stratégie contractuelle que nous allons adopter que ce soit de procéder par un marché, un marché global, une concession ou une régie, ou que ce soit pour l'insertion de clauses de transfert de risque franchisées ou non, par exemple »*⁴⁶⁰. La notion de risque est alors perçue de manière pragmatique par ses diverses déclinaisons comme le risque de piratage ou le risque de violation du secret des affaires.

Un avocat partage cette opinion. Pour lui, l'appréhension du risque peut intervenir dans le choix des pratiques contractuelles, en particulier au regard des risques de corruption ou de prise illégale d'intérêts :

« On avance souvent l'idée que les délégations de services publics et les concessions au sens très large entraînent plus de risques de corruption compte tenu des possibilités d'arrêter des critères subjectifs d'attribution. Je voudrais relativiser cela : les grosses corruptions sont rarement là. Les corruptions sont quand même beaucoup dans les montages originaux, elles l'étaient dans les marchés d'entreprise de travaux publics autrefois avant que le Conseil d'État ne

⁴⁵⁹ Sur ce point, deux autorités contractantes sondées précisent en commentaire de leur réponse que le contrat administratif est avant tout un contrat qui connaît les mêmes risques que le contrat de droit privé (inhérent à tout contrat), même si les effets peuvent être différents en raison du caractère administratif du contrat.

⁴⁶⁰ Les clauses dites franchisées sont des clauses d'allocation d'un risque jusqu'à un certain seuil à l'une des parties. Au-delà de ce seuil, soit le risque est assumé *in solidum*, soit il est assumé par l'autre partie.

rappelle que cela reste un marché public et qu'à cette occasion-là je ne peux pas faire de paiement différé. On a cru aussi qu'il y aurait de la corruption dans les contrats de partenariat. En réalité, il y a en a peu, car ce sont des procédures très contrôlées, très suivies. Nous ce qu'on voit beaucoup dans les petites corruptions, ce sont plutôt les situations où les entreprises de BTP savent que tel service de voirie voudra faire appel à tel sous-traitant local à qui il faudra verser de l'argent, ce qui est plus difficile à détecter. On ne parle pas du même niveau de corruption dans la chaîne hiérarchique. A contrario, pour un gros contrat de délégation de service public local qui attire l'attention, l'intention frauduleuse, lorsqu'elle existe, est plus difficile à cacher. D'ailleurs, ce n'est pas la négociation qui fait planer un risque de corruption, mais la multiplication de petits marchés qui peuvent passer plus inaperçus. »

Si aucune définition juridique du risque n'est donnée par le Code de la commande publique, la notion demeure intuitivement connue de tous, d'autant que, comme le souligne un opérateur économique, *« nous la croisons régulièrement dans le cadre d'analyses comparatives de montages de projet pour différencier les marchés des concessions ou pour étudier l'étendue des responsabilités dans des marchés globaux »*. Pour cet enquêté, le risque se comprend principalement en pratique à travers ses déclinaisons :

« Le niveau le plus élevé d'explication de la notion de risque dans les contrats publics se retrouve dans un ancien guide du Ministère de l'économie et des finances relatif aux contrats de partenariat public-privé avec une liste de l'ensemble des risques qui pouvaient être supportés par la personne publique ou par l'entreprise ».

Finalement, ce qui importe selon lui dans l'appréhension pratique du risque, ce sont surtout l'intensité des conséquences et leur occurrence.

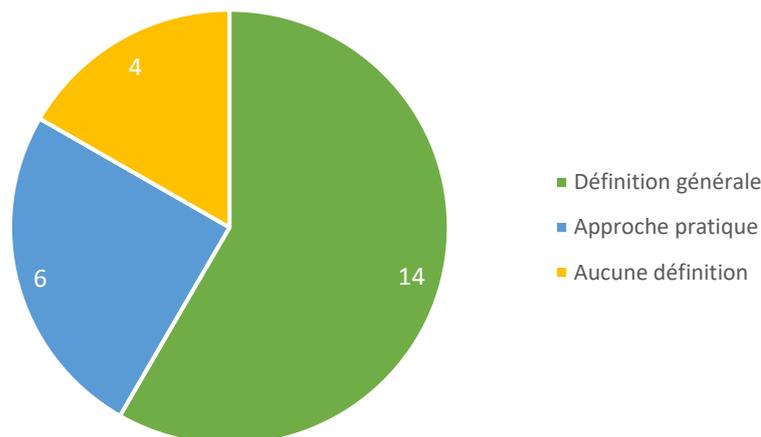


Figure 2.04 : Définition du risque par les interviewés

Tentatives de définition du risque : incertitude prévisible. À défaut de définition juridique⁴⁶¹, 14 interviewés et les 117 sondés se sont prêtés à l'exercice de définir la notion de risque. À l'exception de 4 interviewés et 38 sondés qui regroupent explicitement risques et aléas dans la même notion⁴⁶², la majorité du panel des enquêtés reconnaît au risque un caractère d'incertitude prévisible⁴⁶³. Cependant, contrairement à la définition de Thomas Pez⁴⁶⁴ dans laquelle s'inscrit la présente recherche, la majorité des enquêtés ne perçoivent que le risque négatif.

⁴⁶¹ Plusieurs enquêtés relèvent cette absence de définition en droit de la commande publique alors même que cette notion est centrale dans leur pratique et dans leurs projets.

⁴⁶² En effet, l'un d'entre eux estime que le risque est « *tout aléa supporté par une partie sans être couvert par l'autre* ». Cette approche est également partagée par un de ses confrères qui conçoit le risque comme « *tout évènement qui ne peut être identifié de manière claire et certaine, prévisible ou imprévisible, positif ou négatif, ayant des répercussions sur le contrat* ».

⁴⁶³ Dans le cadre des sondages en ligne, il était demandé aux participants de retenir les éléments caractéristiques d'un risque, notamment pour déterminer si selon eux, un risque était un évènement incertain, prévisible ou imprévisible. Si pour 38 sondés (1 avocat, 23 autorités contractantes et 14 opérateurs économiques) le risque est un évènement incertain imprévisible, 76 répondants (6 avocats, 42 autorités contractantes et 28 opérateurs économiques) appréhendent le risque comme un évènement incertain prévisible. Il est à noter que cette question était à choix multiple et que certains sondés ont alors considéré le risque comme étant à la fois un évènement incertain, prévisible et imprévisible, voire un aléa extérieur aux parties (28 d'entre eux estiment que le risque est, au-delà d'une incertitude imprévisible, un aléa extérieur aux parties). Ceci souligne la confusion de sens qu'entretient la notion de risque vis-à-vis de l'aléa.

⁴⁶⁴ Voir : Partie 1, §I.

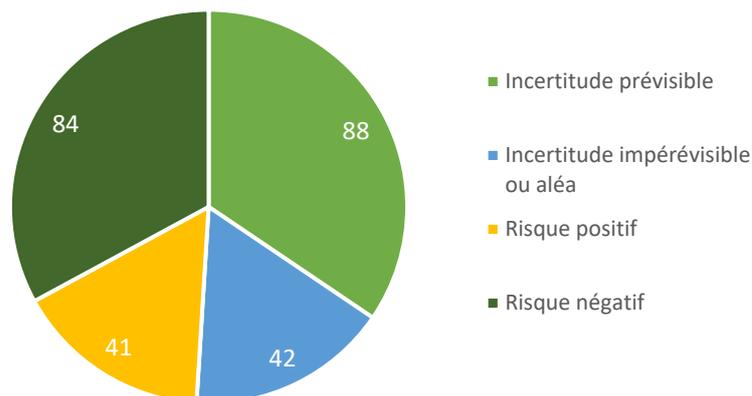


Figure 2.05 : Caractères du risque selon les interviewés et les sondés

Perception minoritaire du risque positif. Uniquement 5 interviewés et 37 sondés⁴⁶⁵ considèrent le risque comme « un évènement susceptible d'avoir des conséquences positives ou négatives sur un projet » ou comme « un évènement ayant des effets significatifs ou non avec une occurrence plus ou moins déterminée ou déterminable », pour reprendre les mots de l'un d'entre eux. Le risque n'emporte alors pas forcément une perte, mais peut être un gain pour le projet comme le soulignent les récents avis du Conseil d'État sur les concessions autoroutières⁴⁶⁶. Plus précisément, le risque serait pour un opérateur économique tout évènement susceptible de remettre en cause l'équilibre du contrat établi lors de sa conclusion :

« C'est une perturbation de l'optimum convenu à la signature. La définition est aussi valable pour les concessions et pour les marchés. Certes, il y a un risque d'exploitation, mais la notion est commune à tous les types de contrats. »

⁴⁶⁵ Précisément : 5 avocats, 22 autorités contractantes et 10 opérateurs économiques. Il est intéressant de noter que parmi eux, un avocat et un opérateur économique ne considèrent le risque que comme un risque positif.

⁴⁶⁶ Voir : CE, Ass., Avis consultatif, 8 juin 2023, n° 407003, *Avis portant sur la sécurisation des mesures permettant d'assurer une meilleure prise en compte de l'intérêt public dans l'équilibre des contrats de concessions autoroutières*, spéc. cons. 22 ; CE, Ass., Avis consultatif, 8 juin 2023, n° 407004, *Avis portant sur la contribution de certaines sociétés titulaires de contrats de concession ou de contrats assimilés au financement des investissements publics*, spéc. cons. 37. Un autre exemple de risque favorable peut être observé dans le cadre des enquêtes de terrain menées en 2022 et 2023 par la Chaire de droit des contrats publics sur la thématique de la modification des contrats de la commande publique. Dans ce cadre-là, une autorité contractante expliquait rencontrer des difficultés à modifier une clause de révision des prix d'un marché public de transport en commun qui en raison de l'inflation augmentait considérablement les prix des prestations fournies par le titulaire alors même que ses charges restaient relativement identiques. Le contexte économique a été dans ce cadre-là un évènement favorable pour l'opérateur économique, mais négatif pour la collectivité contractante. Voir : Chaire de droit des contrats publics, *La modification des contrats de la commande publique*, 2023, Partie 3, disponible en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/>.

En pratique, toutefois, comme le souligne une autorité contractante, la définition du risque varie selon les contrats. La difficulté est de prévoir les risques positifs. La prise en compte dans le contrat des risques positifs est surtout prévue dans les contrats de concessions, car le volume de marchés publics à gérer annuellement par l'autorité contractante interrogée ne permet pas à ses services de s'attarder sur cette question, sauf pour les marchés stratégiques. Les risques négatifs, toutefois, sont de plus en plus anticipés et présents dans les marchés et les contrats de concessions dans des clauses de réexamen ou de révision des prix.

Perception majoritaire du risque négatif. Cette vision, selon laquelle le risque peut être à la fois positif et négatif, n'est pas partagée par l'ensemble des enquêtés. La majorité d'entre eux restreignent le risque aux seuls événements négatifs. L'absence de consensus sur la notion de risque est reconnue par un maître d'ouvrage public pour qui le risque est « *un évènement ayant des répercussions principalement négatives sur la passation ou sur l'exécution d'un contrat, ou encore sur [son] management ou [sa] politique d'achat* ». Le risque demeure essentiel dans les stratégies d'achat en raison d'une notion liée au risque : « *l'équilibre global du contrat* ». En effet, ce donneur d'ordre insiste sur l'importance d'éviter qu'un contrat soit déséquilibré afin de s'assurer que le titulaire puisse l'exécuter et que le maître d'ouvrage ne soit pas exposé à trop de risques financiers et pénaux. À ce titre, des clauses de rencontre permettent de prévenir des déséquilibres qui pourraient se révéler en cours d'exécution. Sa perception est alors principalement financière et négative, ce que partage un avocat interrogé qui définit le risque comme « *la survenance d'un évènement extérieur ou non aux parties qui va générer des coûts supplémentaires à la partie qui le supporte* », et donc affecte négativement le contrat sur le plan financier.

D'autres enquêtés ne font aucunement de références explicites aux aspects positifs ou négatifs d'un risque. Pour autant leurs propos laissent entendre une dimension négative du risque. En effet, à l'inverse d'une majorité des enquêtés, un opérateur économique partage une conception restreinte du risque. Pour lui, le risque est un aléa prévisible susceptible d'intervenir lors de l'exécution du marché. Plus précisément, sa perception du risque repose principalement sur une vision économique du contrat. Le risque est alors principalement un risque opérationnel entraînant des répercussions sur les coûts et l'équilibre économique du contrat (c'est-à-dire qu'il

convient d'éviter toute situation qui peut faire baisser la marge financière), le risque juridique n'étant que secondaire⁴⁶⁷.

En effet, pour cet enquêté, lorsqu'un business plan se construit, des prédictions raisonnables sont déterminées. Le risque est donc :

« [...] le fait que l'exécution du contrat ne corresponde pas à cette prévision. Tel est le cas d'intempéries, de hausse des prix ou tout évènement qui nous écarte de la ligne prévue. Ainsi, le risque serait l'ensemble des écarts par rapport à la ligne de prévision. Le travail du juriste est alors de limiter les écarts et de parvenir à un équilibre entre écarts positifs et écarts négatifs. »

Un donneur d'ordre public retient une définition centrée autour de l'idée de sécurité juridique, ce qui sous-entend que le risque perturbe négativement cette sécurité :

« Le risque est au centre du métier de juriste qui se doit de garantir la sécurité juridique et la protection juridique d'une société et de ses salariées. Donc les risques sont les évènements qui peuvent affecter une entreprise et son personnel. Ceci prend en considération tant des risques externes comme des intempéries ou des défaillances de sous-traitants que des risques internes comme la sécurité des travailleurs, l'éthique, la compliance, le RSE et le RPS. »

Dans la continuité, un autre enquêté appréhende le risque comme « *tout évènement incertain qui empêche d'atteindre les objectifs d'un projet* ». S'il « empêche », le risque est inconsciemment perçu comme négatif par ledit enquêté. Cette perception inconsciente se retrouve également auprès d'une autorité contractante interrogée pour qui la notion de risque renvoie à « *un évènement qui engendre une violation des règles de la commande publique ou des règles liées à la lutte contre la corruption* ».

Dès lors, les entretiens témoignent que le risque est principalement conçu comme un risque négatif par les praticiens soit de manière explicite dans leur définition, soit de manière implicite et inconsciente par leurs exemples ou explications.

Relativité du caractère essentiellement négatif du risque relevé par les sondés. Les sondés conçoivent à une faible majorité le risque sous son aspect négatif, en tant

⁴⁶⁷ Pour cet opérateur économique, « *le risque juridique doit être normalement maîtrisé par les juristes, notamment si les juridictions prenaient plus de soin à clarifier le droit en vigueur pour maximiser la prévisibilité et la sécurité juridique des contrats de la commande publique* ».

que sa survenance emporte une perte pour une partie. Si 36 répondants (soit 1 avocat, 16 autorités contractantes et 19 opérateurs économiques) ne perçoivent qu'un aspect négatif du risque, 35 autres (4 avocats, 22 autorités contractantes et 9 opérateurs économiques) reconnaissent qu'un risque peut tantôt être positif, tantôt négatif. Ainsi, à l'inverse des données récoltées lors de l'enquête qualitative, les praticiens semblent finalement conscients du double aspect du risque, positif et négatif, à l'instar de la définition proposée par Thomas Pez.

Élément structurel de la commande publique. Par ailleurs, dans le cadre de l'enquête qualitative, le risque est unanimement considéré comme une clef-de-voûte du droit de la commande publique puisqu'il la structure à travers la distinction marché public et concession.

Si la différence d'essence entre marché et concession est connue de l'ensemble des enquêtés, un avocat souligne que la distinction impose surtout une approche différente du risque entre un titulaire d'un marché et un concessionnaire en raison du long terme d'exécution des contrats de concession :

*« Par exemple, dans un marché de travaux, le risque est limité à l'acte de construction avec les autorisations nécessaires, les recours en cours d'exécution, les risques du sol, les risques techniques, les risques d'insolvabilité des sous-traitants, les risques de renchérissement ou encore les risques liés aux coactivités. Le risque existe du commencement des travaux à la réception, sachant que des garanties existent (garantie de parfait achèvement, assurances pouvant couvrir des insolvabilités, etc.). Dans les concessions s'ajoute un risque non négligeable : le risque d'exploitation. De plus, dans ces contrats, il faut tenir compte des performances. L'investissement ne s'arrête pas à la réception d'un ouvrage et le risque s'apprécie ici sur le long terme : ce qui n'est pas chose aisée d'anticiper et prévenir des risques sur des durées de 10, 20 ou 50 ans. **Fondamentalement ce changement d'horizon (court terme en marché, long terme en concession) conditionne des comportements radicalement différents de l'opérateur qui réalise et exploite un ouvrage** puisqu'il doit prendre en considération l'écoulement du temps et opérer des arbitrages qui ne sauraient avoir lieu dans des marchés de travaux. » [Nous soulignons]*

Remise en cause du caractère structurel du risque. Pour autant, certains interviewés relativisent la place du risque dans la distinction entre marché public et concession.

Un opérateur économique relève qu'entre les concessions et les marchés publics, malgré le risque d'exploitation à la charge d'un concessionnaire, il n'y a pas forcément de différence de nature du risque, d'autant que les concessionnaires et les titulaires sont confrontés essentiellement aux mêmes événements, mais plutôt d'ampleur et de périmètre, en particulier sur l'absorption du risque :

« Un concessionnaire a plus de risque à absorber dès le départ de l'exécution du contrat (en raison de l'exécution à ses risques et périls et de la durée des concessions qui emporte une plus grande probabilité d'occurrence des risques) qu'un titulaire de marché public. C'est sur ce point que nous pouvons percevoir une distinction entre les deux catégories de contrats. »

Une autorité contractante partage ce constat en précisant qu'en pratique, les risques peuvent être similaires entre les marchés de partenariat et les concessions. Seulement, si les catégories de risques sont analogues, voire identiques, dans les marchés publics, le risque financier est différent et des subtilités peuvent exister notamment pour les plans de renouvellement et de gros entretien renouvellement.

En outre, si dans les concessions, la notion de risque est fondamentale étant donné que l'essence même de ce contrat est de faire peser le risque sur le concessionnaire, cette règle fondant la *summa divisio* marché public et concession est de moins en moins pertinente en pratique. Comme le relève une autre autorité contractante interrogée, des contrats ou marchés de partenariat ainsi que des marchés globaux de conception-réalisation ou des marchés globaux de performance peuvent transférer de nombreux risques aux titulaires qui se sont vus confiés, en partie ou en totalité, la conception, la construction d'infrastructures ou de réseaux ainsi que de veiller à leur maintenance, ou encore l'acquisition des biens qui leur sont nécessaires.

Un avocat interviewé relativise également la distinction entre marché et concession du fait d'un rapprochement sur l'appréhension du risque dans les marchés de partenariat et les concessions⁴⁶⁸, d'autant plus depuis qu'un marché de partenariat permet de gérer l'exploitation

⁴⁶⁸ Sur la distinction entre marché de partenariat et concession, l'interviewé explique : *« Traditionnellement, on avait l'habitude de dire qu'on assurait le risque de charge et de produit dans les marchés de partenariat. Mais c'est seulement le risque de charge en réalité qui est assuré (pas celui de produit ou de trafic). Aujourd'hui, ceci a fondu : on a des concessions avec un très faible risque de trafic et on a des marchés de partenariat avec des risques de recettes comme pour les stades de football sur les recettes de spectacles en dehors des rencontres sportives. Lors de l'Euro 2016, des titulaires s'engageaient sur des niveaux de recettes qu'ils devaient garantir. S'ils n'atteignent pas ces seuils, ils assument un risque, car ils ne seront pas payés de la perte. »* Cette vision n'est pas partagée par un autre avocat qui considère que les marchés de partenariat ne connaissent pas de véritables risques d'exploitation, car, dans ce schéma contractuel, les risques que la personne publique ne supporte pas sont

d'un service public puisque se pose alors la question de l'insertion d'un risque de trafic dans ces montages contractuels sans pour autant que ceci puisse, selon cet avocat, remettre en cause la qualification de marché de partenariat. Le choix entre les deux modèles relevait initialement d'aspects financiers, mais aujourd'hui les mécanismes de financements sont similaires pour les concessions : « *le dispositif bancaire n'est plus vraiment la clef de distinction* ». Aujourd'hui, cet avocat explique que :

« Le choix est désormais purement politique et, à cause de la terminologie « partenariat public-privé », le marché de partenariat est moins attractif politiquement alors même qu'une concession privatise plus un service public qu'un marché de partenariat. »

Si la question de la différence de nature entre les marchés et les concessions semblait aujourd'hui tranchée, il ressort de l'enquête qualitative qu'en pratique la situation est finalement plus complexe avec une remise en question des frontières notamment avec le développement des marchés de partenariat et des marchés globaux.

Confirmation par les sondages. Les résultats des sondages s'inscrivent dans la continuité des entretiens puisque 31 participants (contre 33), soit 48,4 %, considèrent que le contrat de concession n'est pas plus à risque qu'un marché public, y compris les marchés de partenariat, les marchés globaux de conception-réalisation et les marchés globaux de performance. Le risque d'exploitation peut effectivement être amoindri, voire neutralisé. Selon un des avocats sondés, si en théorie le risque d'exploitation fait courir plus de risques aux opérateurs économiques que pour un titulaire d'un marché, il peut en aller autrement dans les faits au regard des stipulations contractuelles, du contexte et de l'objet du contrat. Dès lors, il précise que : « *une concession dans un secteur soumis à peu d'aléas, notamment commerciaux, peut s'avérer bien moins risquée qu'un marché public dont les clauses ont été réfléchies pour protéger l'administration* ». D'ailleurs, un opérateur économique insiste sur la circonstance selon laquelle le risque de trafic ou de fréquentation est aujourd'hui mieux maîtrisé par les concessionnaires que les risques connus de titulaires de marchés globaux, en particulier de marchés globaux de performance énergétique où le risque de consommation d'énergie à cinq ans ou plus est difficile à appréhender. Dans le même sens, pour les marchés globaux de conception-réalisation, un autre opérateur économique admet que :

principalement les risques d'interface (en raison de l'intervention de différents opérateurs dans l'exécution du contrat) et les risques exogènes comme les délais d'obtention des titres d'urbanisme.

« Si le risque [d'exploitation] est un élément essentiel de la qualification de la concession, celui-ci peut largement être réduit par la subvention et des mécanismes contractuels. Les marchés publics peuvent alors s'avérer plus risqués pour les opérateurs économiques. Tel est le cas, par exemple, des marchés de conception-réalisation où le maître d'œuvre rencontre des difficultés à se faire indemniser une augmentation de la durée du chantier, en application de la jurisprudence Société Babel⁴⁶⁹, ceci ayant pour effet d'accroître la fréquence des allongements de durée dans ces marchés. »

Dès lors, la distinction entre marché public et concession suscite également dans les sondages l'intérêt de certains praticiens qui ne considèrent pas, compte tenu d'un transfert parfois massif de risques dans des marchés de partenariat ou des marchés globaux, que le risque d'exploitation soit un élément structurant suffisant de différenciation.

Synthèse. En définitive, trois visions du risque se dessinent auprès des praticiens. La première, minoritaire, repose sur une approche pragmatique du risque qui se conçoit à travers ses diverses déclinaisons et typologies comme le risque éthique, le risque environnemental, le risque de financement (incertitude sur le taux d'emprunt), le risque commercial ou encore le risque contentieux. La deuxième et la troisième conceptions se rejoignent, quant à elle, autour d'une définition générale et abstraite du risque qui se caractérise par un événement incertain prévisible. Là où les deux approches se distinguent, c'est sur l'appréhension du risque positif.

⁴⁶⁹ CE, 29 sept. 2010, *Société Babel*, n° 319481 : « Considérant qu'il résulte de ces dispositions que le titulaire d'un contrat de maîtrise d'œuvre est rémunéré par un prix forfaitaire couvrant l'ensemble de ses charges et missions, ainsi que le bénéfice qu'il en escompte, et que seules une modification de programme ou une modification de prestations décidées par le maître de l'ouvrage peuvent donner lieu à une adaptation et, le cas échéant, à une augmentation de sa rémunération ; que la prolongation de sa mission n'est de nature à justifier une rémunération supplémentaire du maître d'œuvre que si elle a donné lieu à des modifications de programme ou de prestations décidées par le maître d'ouvrage ; qu'en outre, le maître d'œuvre ayant effectué des missions ou prestations non prévues au marché de maîtrise d'œuvre et qui n'ont pas été décidées par le maître d'ouvrage a droit à être rémunéré de ces missions ou prestations, nonobstant le caractère forfaitaire du prix fixé par le marché si, d'une part, elles ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art, ou si, d'autre part, le maître d'œuvre a été confronté dans l'exécution du marché à des sujétions imprévues présentant un caractère exceptionnel et imprévisible, dont la cause est extérieure aux parties et qui ont pour effet de bouleverser l'économie du contrat ; que la cour n'a donc pas commis d'erreur de droit en ne reconnaissant pas un droit à indemnisation à la SOCIÉTÉ BABEL du seul fait de la prolongation de sa mission indépendamment, soit d'une modification du programme ou des prestations décidée par le maître de l'ouvrage, soit de la réalisation de prestations indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art ou consécutives à des sujétions imprévues répondant aux caractéristiques décrites ci-dessus ;
Considérant, en troisième lieu, qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que la cour, en jugeant que la société n'établissait pas que l'allongement de la durée du chantier aurait induit pour elle des sujétions imprévues, faute pour les circonstances alléguées de revêtir un caractère imprévisible ou exceptionnel, n'a pas entaché son appréciation de dénaturation ; que de même, elle n'a pas dénaturé les pièces du dossier en relevant que les missions complémentaires réalisées par la SOCIÉTÉ BABEL n'étaient pas indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art ».

L'une l'exclut de sa définition, ne concevant que le risque négatif soit explicitement soit implicitement dans les définitions apportées, l'autre l'intègre, à l'image de la définition du risque formulée par Thomas Pez dans sa thèse et du Conseil d'État dans ses deux récents avis du 8 juin 2023 sur les concessions autoroutières. La présente recherche privilégie cette dernière. Le risque est alors un événement incertain, prévisible, positif ou négatif.

Quelle que soit la conception retenue, les enquêtés ont ensuite reconnu le rôle fondamental du risque dans la structure du droit de la commande publique au regard de la division classique marché public – concession. Seulement, certains d'entre eux relativisent la portée du risque dans cette classification en raison d'un rapprochement de certains marchés publics (les marchés de partenariat et les marchés globaux) vers les concessions quant aux risques transférés en pratique aux titulaires, même si pour d'autre demeure entre les deux catégories une différence importante qui tient à la gestion même du risque au regard de la durée d'exécution des contrats et des différences d'implication des autorités contractantes dans l'exploitation d'un service ou d'un ouvrage.

B. L'évolution des risques dans la pratique de ces dernières années

Évolution des risques selon les interviewés. Dans le cadre des entretiens, les enquêtés ont pu évaluer l'évolution des risques dans les contrats de la commande publique afin de déterminer s'ils sont de plus en plus confrontés aux risques soit en termes d'occurrence, soit en termes de typologie.

Sentiment majoritaire d'une absence d'augmentation des risques. La majorité des enquêtés estime que les contrats actuels ne sont pas confrontés à plus de risques qu'auparavant⁴⁷⁰. Les juristes et les opérationnels prennent plus conscience des risques et de la nécessité de mieux gérer les contrats tant en passation qu'en exécution. La pratique de la commande publique a fortement évolué sur la gestion du risque, comme le remarque un avocat :

« Les outils juridiques se sont développés dans les contrats de la commande publique alors même que ces outils dans les marchés privés existaient. Il y a un changement de paradigme depuis les directives européennes de 2014 sur ce que

⁴⁷⁰ Pour l'un d'entre eux, il n'y a pas d'augmentation particulière des risques, mais plutôt « une moins bonne acceptation d'assumer les risques ».

doit être la commande publique. Avant, on avait une vision, en France, de la commande publique dans laquelle il fallait surtout veiller à ce que les acheteurs et les entreprises ne soient pas trop de connivence. Depuis 2014, nous sommes passés à une question de commande publique efficace. C'est surtout cette notion d'efficacité qui a conduit à mieux appréhender et gérer les risques. »

Un maître d'ouvrage public s'inscrit dans cette dynamique d'une meilleure appréhension des risques en capitalisant continuellement sur son expérience et en élaborant des méthodes pour prendre en considération chaque risque qui est apparu sur un de leur contrat dans les contrats futurs. Dans cette lignée, un opérateur économique insiste sur les bénéfices apportés par les *contract managers* :

« J'ai l'impression tout de même que le métier de contract manager sur le pilotage des contrats fait que les risques sont mieux appréhendés à mesure que cette fonction se professionnalise. Les risques sont toujours les mêmes (risques d'interface, risque politique, risques techniques, etc.), ils n'évoluent pas, mais l'appréhension qu'on en fait et comment on capitalise dessus pour l'avenir, voilà ce qui évolue. »

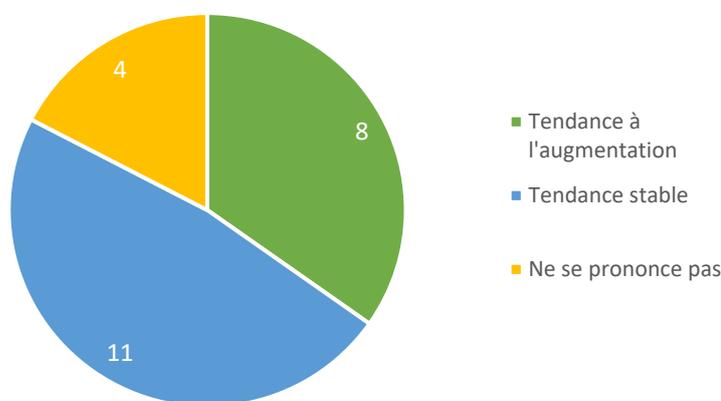


Figure 2.06 : Tendance de l'évolution des risques ces cinq dernières années selon les interviewés

Sensation minoritaire d'une augmentation des risques. Un autre avocat tempère cette perception majoritaire. Selon lui, ces dernières années sont marquées par une complexification contractuelle conduisant uniquement à transférer des risques plus importants aux opérateurs économiques, sans même que les autorités contractantes n'en soient conscientes

notamment en reprenant, sans contrôle ou recul, des propositions de laboratoire d'idées ou clauses de contrats complexes dont elles ont eu connaissance alors même que ceci ne serait pas utile pour le contrat à venir.

Un autre de leur confrère insiste également sur l'augmentation des risques environnementaux et politiques. Sur le premier point, il relève qu'il y a des plus en plus d'actes à attaquer dont le contentieux génère des surcoûts pour les parties. Un autre enquêté confirme l'augmentation de ce risque environnemental au regard de l'augmentation des probabilités de risques écologiques, climatiques et sismiques. Sur le second point, les oppositions radicalisées à un projet peuvent emporter une résiliation pour motif d'intérêt général (dont les motivations sont discutables), un écart de la grille tarifaire pour empêcher l'application des tarifs prévus au contrat (sans compensation financière). De telles mesures font perdre à la collectivité son attractivité pour de futurs projets⁴⁷¹.

Ce sentiment d'un accroissement des risques est partagé par d'autres enquêtés, notamment en matière de risques éthiques :

« Dans cette période de totale transparence sous tous les aspects de la vie publique et de la vie des contrats, les risques augmentent. On observe beaucoup plus d'interrogations pratiques et juridiques ces dernières années autour de la notion, extrêmement large, de conflits d'intérêts en particulier avec des AMO. Au-delà du conflit d'intérêts, c'est le risque de la violation du secret du commerce et de l'industrie qui augmente, ainsi que le risque de délit de favoritisme. En quinze ans, le nombre de condamnations est certes resté stable, mais le nombre de mises en examen et d'enquêtes préliminaires a doublé. Et le manque de compréhension du droit de la commande publique par les juridictions pénales n'aide pas. Cette période de transparence aboutit à un climat de plus grande suspicion et instabilité, même si elle participe à un assainissement des pratiques. »

Par ailleurs, un opérateur économique confie connaître plus de risques économiques ces dernières années en raison de l'inflation, de la pandémie ou encore de l'indisponibilité des produits⁴⁷². C'est surtout, selon lui, le risque financier qui a le plus progressé ces dernières

⁴⁷¹ Cet avocat s'inquiète des récents avis sur les concessions d'autoroutes (*précités*) non pas sur l'avis de droit donné par le Conseil d'État, mais sur l'existence même de ces avis qui résultent d'une volonté de l'État de se défaire d'engagements contractuels : « *ceci n'est pas un bon signal envoyé aux entreprises* ».

⁴⁷² Une autorité contractante partage cette opinion en émettant toutefois une réserve : « *Oui, nous constatons une augmentation des risques ces dernières années à la suite de la pandémie de Covid-19, mais nous ne savons pas si c'est conjoncturel ou si c'est amené à perdurer.* »

années avec un phénomène dit de « *credit crunch* » où il devient plus difficile pour les opérateurs économiques de trouver des investisseurs et des financements en particulier sur des infrastructures de réseau.

Enfin, depuis quelques années, des risques spécifiques à certains contrats ou certaines techniques apparaissent. Tel est le cas pour certaines concessions, notamment dans le domaine de l'eau et de l'assainissement, où au regard de la concurrence un pincement tarifaire contraint le candidat à augmenter ses risques financiers. Des situations similaires se constatent dans d'autres secteurs comme le traitement et la valorisation des déchets avec l'augmentation de la capacité résiduelle d'une unité de traitement. De même dans des marchés de prestation intellectuelle ou de travaux, un enquêteur relève que « *la prépondérance du critère du prix dans la sélection des offres peut avoir des conséquences sur le risque, d'autant que plus les niveaux de prix sont bas, plus des difficultés d'exécution apparaissent en exécution* ». Par ailleurs, un opérateur économique confie avoir rencontré de plus en plus de situations où des autorités contractantes recourent à des accords-cadres pour des besoins futurs dont ils ne sont pas certains qu'ils se manifesteront. Ces accords-cadres fantômes pourraient alors décourager les opérateurs économiques à y répondre à l'avenir.

Sensation majoritaire d'une augmentation des risques auprès des sondés. Dans le cadre des sondages en ligne, le constat est bien différent puisque 59 répondants⁴⁷³ (contre 26), soit 69,4 %, estiment que les contrats de la commande publique sont confrontés à plus de risques ces dernières années qu'auparavant.

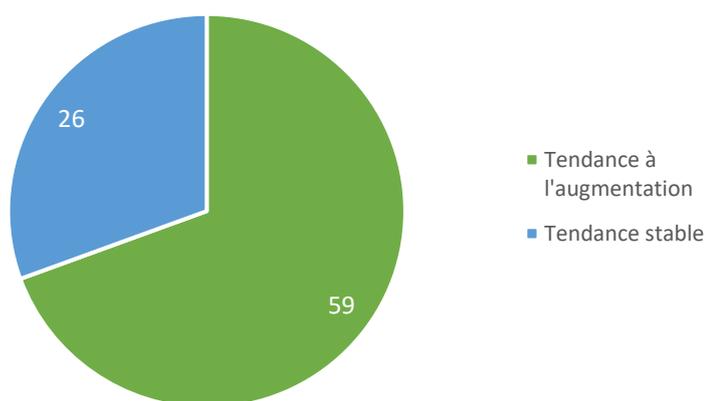


Figure 2.07 : Tendance de l'évolution des risques ces cinq dernières années selon les sondés

⁴⁷³ Précisément : 6 avocats, 34 autorités contractantes et 19 opérateurs économiques.

Sur les 59 sondés observant une tendance à l'augmentation des risques ces dernières années, 32 (4 avocats, 17 autorités contractantes et 11 opérateurs économiques) précisent les principales raisons de ce phénomène :

- **Le contexte international économique (pour 13 sondés)⁴⁷⁴** : ces dernières années ont été marquées par la pandémie de Covid-19 et la multiplication de conflits armés (en particulier la guerre en Ukraine) ayant eu des répercussions économiques non négligeables en raison de l'inflation économique (notamment constatée par la volatilité des prix des matières premières et des énergies), des difficultés d'approvisionnement, de défaillances de titulaires voire de faillites d'entreprises, ainsi qu'une augmentation des situations d'infructuosité des procédures d'appel d'offres ;
- **La judiciarisation de la commande publique (pour 10 sondés)⁴⁷⁵** : les sondés constatent le développement d'une culture contentieuse ou de réclamation dans la commande publique en raison, d'une part, de la multiplication des obligations en particulier lors de la passation incombant aux autorités contractantes et, d'autre part, d'un contexte commercial et économique qui inciterait les opérateurs économiques à saisir plus régulièrement les juridictions pour contester les procédures de passation ou réclamer des indemnités à la suite d'imprévus lors de l'exécution du contrat. La situation serait accentuée selon 2 opérateurs économiques par la culture de la sanction de quelques donneurs d'ordres publics prévoyant des pénalités qui, dans leur *quantum*, amoindri voire contrebalance les réclamations indemnitaires des entreprises ;
- **L'émergence de risques nouveaux par leur typologie ou par leur fréquence de survenance fortement accrue (pour 8 sondés)⁴⁷⁶** : les risques politiques suscitent l'inquiétude de plusieurs opérateurs économiques, en particulier lorsque ces risques affectent l'orientation du projet en cours d'exécution, voire remet entièrement en cause le projet lui-même. Par ailleurs, les problématiques environnementales font augmenter la survenance de certains risques comme le risque d'inondation ou

⁴⁷⁴ Précisément : 1 avocat, 9 autorités contractantes et 3 opérateurs économiques. Il est intéressant de constater que ce motif a été généralement avancé par des autorités contractantes et non les opérateurs économiques qui, pourtant, sont tout autant affectés par le contexte économique de ces dernières années.

⁴⁷⁵ Précisément : 1 avocat, 5 autorités contractantes et 4 opérateurs économiques.

⁴⁷⁶ Précisément : 5 autorités contractantes et 3 opérateurs économiques.

d'incendie. Ensuite, l'inflation normative fait émerger de nouvelles contraintes générant des risques le temps de leur appropriation par les praticiens. Par exemple, en matière environnementale, une autorité contractante s'interroge sur l'obligation de mettre en place les critères environnementaux dans les règlements de consultation et non directement dans les sujétions techniques, ainsi que sur la condition du lien avec l'objet du contrat ou de ses conditions d'exécution. Des risques nouveaux apparaissent également avec les nouvelles technologies de l'information et des communications, en particulier les risques d'attaques informatiques, de vols de données personnelles, de non-conformité aux dispositions du RGPD ou encore de qualité des données en *open data*.

D'autres motifs ont pu également être relevés par les participants aux sondages⁴⁷⁷. Pour 2 avocats, le risque pénal est de plus en plus pris en considération par les autorités contractantes et les opérateurs économiques du fait de la sévérité des juridictions répressives avec la présomption de l'élément moral dès lors qu'il y a eu violation des dispositions du Code de la commande publique ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession⁴⁷⁸. Ceci n'est pas sans conséquence sur l'appréhension globale des risques dans la commande publique aujourd'hui.

Pour autant, ce constat général d'une plus grande confrontation aux risques des contrats de la commande publique n'est pas partagé par 26 participants aux sondages. Pour eux, les risques ne font qu'évoluer et les praticiens sont mieux armés et formés aujourd'hui sur l'appréhension des risques, en particulier les risques économiques, pénaux et contentieux. Une autorité contractante confie à ce titre que la fonction achat s'est beaucoup professionnalisée ces vingt dernières années. Le risque contentieux peut sembler plus élevé, mais un contentieux se solde souvent par la victoire de l'acheteur. Cette professionnalisation emporte également une autre conséquence favorable : une analyse plus approfondie de la rédaction des clauses contractuelles pour réduire la « frustration » des soumissionnaires.

Synthèse. Si certains enquêtés (entretiens et sondages confondus) considèrent ne pas rencontrer plus de risques ces dernières années, que ce soit en termes d'occurrence ou de

⁴⁷⁷ Quelques sondés (très minoritaires) estiment que les risques ont augmenté ces dernières années à cause d'une paupérisation de la maîtrise d'œuvre, d'une réduction de la qualité de la définition des besoins, d'une moindre implication des maîtres d'œuvre dans les projets, de DCE peu détaillés ou encore de dérogations trop nombreuses aux CCAG. Ces éléments ne sont pas partagés par plusieurs autres participants tant dans les sondages que dans les entretiens : une majorité reconnaissant une amélioration de la pratique, notamment par la professionnalisation de la commande publique.

⁴⁷⁸ Cass. Crim., 14 janv. 2004, n° 03-83.396 ; Cass. Crim., 14 déc. 2005, n° 05-83.898.

typologie, une majorité rapporte que les contrats seraient de plus en plus exposés à certains risques en particulier économiques, environnementaux, politiques et éthiques. L'apparition régulière de nouvelles obligations en matière environnementale ou éthique, l'augmentation des contestations de projet par des politiques ou par des citoyens ainsi que la pression des opérateurs économiques à devoir proposer des offres à un prix bas pour accroître leur chance de remporter un marché (le critère du prix étant souvent prépondérant) expliqueraient cette situation.

§II. Les méthodes d'identification et d'évaluation des risques

Déroulement des enquêtes. Les enquêtés ont dû partager leur expérience pratique de l'identification et de l'évaluation des risques. Principalement, l'identification des risques résulte d'une capitalisation de l'expérience et une coopération des services (A.), et l'évaluation des risques sur des techniques de chiffrage à la fois objectives et subjectives (B.).

A. L'identification et la cartographie des risques : une méthodologie reposant principalement sur le retour d'expérience et la coopération des services

Reconnaissance de l'utilité de l'identification des risques. Unanimement, les participants à l'enquête qualitative ont reconnu l'utilité d'identifier les risques en amont de tout contrat : lors de la définition des besoins pour l'autorité contractante, lors de la remise des offres pour l'opérateur économique. Ceci permet à chaque partie d'avoir une vision claire de l'exécution du contrat et de leurs obligations mutuelles.

Un enquêté explique que, dans le cadre des marchés de partenariat, l'identification et l'évaluation des risques sont obligatoirement effectuées par le porteur du projet : *« Il en va de la bonne gestion du projet et des deniers publics que cette analyse préalable soit obligatoire »*. Au regard de ce bénéfice sur la gestion opérationnelle et financière d'un projet, de plus en plus d'autorités contractantes recourent systématiquement à cette phase préalable de recension et d'évaluation des risques pour les grands projets, en particulier d'infrastructures :

« L'analyse proactive des risques n'a que des avantages pour les acheteurs et les autorités concédantes, que ce soit dans le cadre de marchés de partenariat ou de concessions. Ceci leur permet d'anticiper les risques sur des projets de plusieurs

millions d'euros, voire des milliards d'euros, et donc les conséquences financières du projet ainsi que sa durée d'exécution. »

Dans le cadre des sondages, 40 répondants sur 47 (soit 85,1 %) ⁴⁷⁹ reconnaissent également de nombreux avantages à l'identification des risques. Celle-ci permet une prise de décision plus pragmatique (pour 1 avocat, 5 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques) ⁴⁸⁰ ainsi qu'une meilleure anticipation et prévention de la survenance d'un risque, donc une réduction de la probabilité de survenance d'un risque ou de la gestion de ses conséquences (2 avocats, 15 autorités contractantes et 10 opérateurs économiques) ⁴⁸¹. De plus, pour 3 opérateurs économiques sondés, la vertu de l'identification des risques se trouve dans la transparence qu'elle instaure entre les parties qui, conscientes des risques du projet, peuvent éventuellement, et lorsque ceci est possible, s'accorder sur le partage des risques et les moyens mis en œuvre pour les prévenir et les gérer, ainsi que de comprendre le montant de la provision pour risque prévue dans le prix d'une offre d'un soumissionnaire.

Inconvénients et limites. Cependant, cet exercice d'analyse proactive et préalable des risques ne doit pas être systématique à tout projet. Pour un des participants de l'enquête qualitative, cette phase préalable peut être *« longue et fastidieuse, coûteuse en temps et en argent »*, nécessitant souvent l'appel d'une assistance à la maîtrise d'ouvrage. Des limites sont à prendre en considération, car :

« Cette analyse préalable et proactive n'est absolument pas nécessaire pour des marchés de services ou de fournitures, non plus pour tout projet de construction ou de rénovation. Dans ce cas les inconvénients seraient supérieurs aux avantages procurés par elle. Il ne faut y recourir que pour les projets de grande envergure. »

De plus, ceci dépend également de la taille de l'autorité contractante et des moyens dont elle dispose, en termes de compétences, de ressources humaines et de budget.

⁴⁷⁹ Précisément : 3 avocats, 21 autorités contractantes et 16 opérateurs économiques.

⁴⁸⁰ La prise de décision est améliorée tant pour les autorités contractantes (clauses à intégrer ou non, choix de la procédure, choix de l'attributaire, etc.) que pour les opérateurs économiques (opportunité de soumissionner, solutions à proposer, opportunité de déposer une réclamation ou un recours, etc.). Toutefois, trois répondants invitent à la prudence pour éviter des surévaluations ou des sur-représentations de certains risques qui pourraient s'avérer contre-productifs en entravant l'aide à la décision.

⁴⁸¹ Trois autorités contractantes précisent que cette anticipation peut se concrétiser par l'insertion de clauses de réexamen ou de performance, par exemple, ou encore par l'instauration d'un plan de prévention ou de solutions alternatives, ou encore d'une cartographie des risques.

Quant aux sondés, ceux-ci ont été plus nombreux à recenser des inconvénients et limites à l'identification des risques (28 répondants sur 47, soit 59,6 %) ⁴⁸². Pour 14 d'entre eux (à savoir 1 avocat, 8 autorités contractantes et 5 opérateurs économiques), la principale limite de l'exercice réside dans le caractère non exhaustif de l'identification des risques. Sur ce point, une précision excessive et une liste exhaustive des risques dans les documents contractuels limitent la marge d'action lors de l'exécution du contrat ⁴⁸³. Pour deux opérateurs économiques, ceci peut également réduire la coopération entre les parties. Ils confient que des acheteurs refusent de discuter et de traiter les risques nouveaux qui n'ont pas été identifiés dans les documents contractuels ou le mémoire technique, les laissant alors à la seule charge du titulaire ⁴⁸⁴. En outre, les participants aux sondages s'accordent sur le fait qu'il n'est pas concevable de tout prévoir dans un contrat ⁴⁸⁵, voire que certains risques ne peuvent pas être identifiés (notamment en raison de l'inflation législative et réglementaire qui peut imposer en cours d'exécution de nouvelles normes) ou, à tout le moins, évalués et chiffrés comme les risques politiques et les risques liés aux autorisations administratives nécessaires à l'exécution du contrat.

Ce n'est qu'en deuxième position qu'apparaissent, auprès des sondés, les limites évoquées lors de la phase qualitative. En effet, seuls 10 répondants (8 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques) considèrent que les moyens financiers, humains et matériels sont une limite à une identification des risques satisfaisante. L'identification des risques est perçue comme chronophage et alourdit en termes de délai et de procédure ⁴⁸⁶ la passation d'un marché ou d'un contrat de concession, surtout pour identifier des risques mineurs (au regard de leur

⁴⁸² Précisément : 1 avocat, 15 autorités contractantes et 12 opérateurs économiques.

⁴⁸³ Par exemple, une autorité contractante indique que prévoir un pourcentage fixe d'indemnisation en cas de résiliation pour force majeure peut limiter la possibilité de négocier avec l'opérateur économique le moment venu le montant de cette indemnisation. Une autre autorité contractante souligne l'impossibilité de pouvoir adapter le contrat en cours d'exécution lorsque de nouveaux risques apparaissent et, à supposer que ceci puisse se faire, le chiffrage des coûts éventuels liés ainsi que le partage équitable entre les parties est une source non négligeable de différends. Dans ce sens, deux opérateurs économiques confient qu'il est impossible de tout prévoir et que les maîtres d'ouvrage sont parfois démunis lors de la survenance d'un événement non répertorié dans les risques contractualisés. Le traitement des conséquences de ce risque non contractualisé est alors plus difficile pour les parties. Pour l'un des deux opérateurs économiques, ceci donne « *un sentiment faussé de maîtrise de la situation* ».

⁴⁸⁴ Un opérateur économique regrette que des acheteurs considèrent que des risques non-prévus dans le contrat et qui ne pouvaient pas être anticipés (comme les modalités exactes de la coactivité, une pandémie, des travaux imprévus, etc.) sont systématiquement à la charge du titulaire ou, pour s'en préserver, prévoient des procédures de réclamation rigides notamment au regard de la forclusion de l'action.

⁴⁸⁵ La mise en concurrence inciterait, selon trois sondés (1 autorité contractante et 2 opérateurs économiques), à ne pas prendre en considération certains risques pour éviter que, en les provisionnant, le prix de l'offre ne soit trop élevé et dégrade l'évaluation de l'offre soumise.

⁴⁸⁶ Le sourçage, le retour d'expérience, le *benchmarking*, la mobilisation des parties prenantes sur un projet d'achat sont autant de méthodes d'identification des risques qui peuvent affecter le calendrier prévisionnel d'une commande.

criticité). À ce titre, une autorité contractante souligne que « *la vitesse ou l'urgence des projets est peu compatible avec le temps nécessaire pour identifier et évaluer les risques* ». Cette tâche requiert des compétences spécifiques de management des risques (*risk management*) et des moyens matériels et humains dédiés pour éviter une charge de travail supplémentaire pour les agents non-spécialistes. Enfin, la question des moyens ne s'arrête pas à la seule phase d'identification *stricto sensu*, mais se poursuit ensuite par le fait de devoir consacrer des moyens matériels, financiers et humains pour prévenir et gérer les risques. Ainsi, des autorités contractantes insistent sur la nécessité de tenir à jour régulièrement une cartographie générale des risques et la traçabilité des risques. En outre, un opérateur économique recommande pour les contrats de construction de renforcer le rôle des maîtres d'œuvre en leur confiant une mission de suivi des risques en phase d'exécution des travaux.

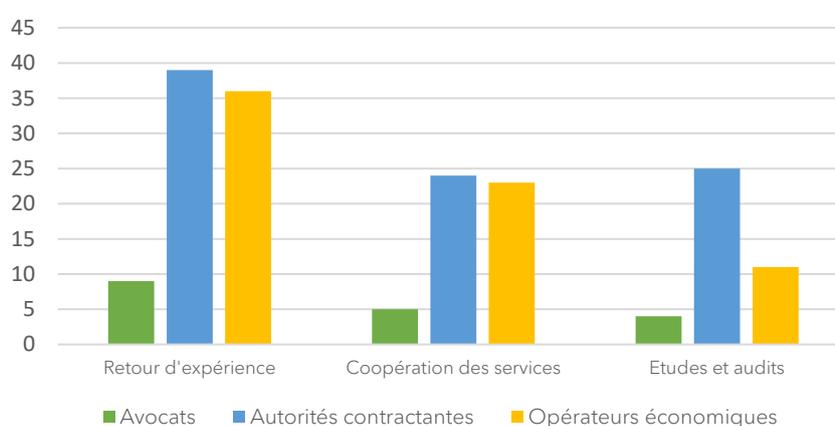


Figure 2.08 : Méthodes d'identification des risques selon les interviewés et les sondés

Méthodes d'identification. Majoritairement, les enquêtés (tant lors de l'enquête qualitative que de l'enquête quantitative) indiquent identifier les risques au regard de leurs expériences respectives⁴⁸⁷. Pour la majorité des avocats interviewés, la détermination des risques repose sur la capitalisation de l'expérience afin d'appréhender au mieux les risques et de mieux les identifier⁴⁸⁸. Lorsqu'ils accompagnent leurs clients dans leurs projets d'appels d'offres, ils s'assurent de la participation des services techniques dans la réflexion commune

⁴⁸⁷ Lors des sondages, 91,9 % des personnes ayant répondu à la question (soit 68 sur 74 : 4 avocats, 34 autorités contractantes et 30 opérateurs économiques) indiquent procéder par retours d'expériences pour l'identification des risques d'un contrat. Dans le cadre des entretiens, 5 avocats, 5 autorités contractantes et 6 opérateurs économiques confiaient également recourir principalement à cette même méthode.

⁴⁸⁸ Une autorité contractante indique passer d'une politique du risque subi à celle du risque choisi grâce aux retours d'expériences.

sur les événements pouvant se produire lors de l'exécution contractuelle et sur leur aménagement contractuel. La coopération des services est également prônée par certaines autorités contractantes, dont une qui voit son service juridique comme « *le scribe du service technique prescripteur* » :

« C'est une discussion en interne lors de la préparation du marché. Ce ne peut pas être que le juriste qui doit réfléchir aux risques tant pour les identifier que pour les évaluer. Nous ne savons pas écrire de clauses contractuelles sans discussion avec les techniciens, sans référence au factuel. Les autres services sont très attentifs au service juridique pour qu'il couvre tous les risques, mais nous n'avons pas de boule de cristal. Nous ne pouvons pas tout prévoir et tout écrire. Il nous faut des éléments concrets. »

Lors des entretiens, deux autorités contractantes indiquent que leurs services juridiques se concentrent principalement sur les risques classiques (risques contentieux, administratifs et pénaux⁴⁸⁹) et qu'ils utilisent des outils informatiques⁴⁹⁰ et des tableurs dans l'identification de ces risques et l'assurance de sécuriser pour les élus et les agents la passation d'un contrat de la commande publique. Ceci permet de produire des matrices des risques internes aux services afin de déterminer au mieux les clauses contractuelles. Cette matrice opérationnelle est exclusivement interne et n'est nullement annexée au contrat. Elle ne sert que dans le cadre de l'établissement de la stratégie contractuelle et de la rédaction du contrat.

Le recours à une matrice des risques interne n'est pas réservé aux seules autorités contractantes dans la préparation de leurs documents contractuels. Effectivement, de nombreux opérateurs économiques témoignent y recourir dans le cadre de la préparation de leurs offres, en se reposant essentiellement sur leur expérience :

« C'est l'enjeu de la décennie de nourrir par le biais de l'expérience un répertoire des risques récurrents devant être pris en compte dans la fixation du prix de nos offres, en tant que candidat consciencieux.

Si les acheteurs professionnalisent l'achat public, nous, les opérateurs économiques, le faisons également dans notre perception des risques en amont de toute opération. Ceci est d'autant plus important que les marges dans nos secteurs

⁴⁸⁹ Selon cet interviewé : « *Notre objectif est de faire en sorte que personne (agent comme élu) ne soit poursuivi et condamné à une peine d'emprisonnement, que ce soit en ferme ou en sursis, dans le cadre de la conclusion d'un contrat* ».

⁴⁹⁰ L'enquête n'a pas su apporter plus de précision sur ces outils informatiques.

d'activité sont faibles, de l'ordre de 3 à 5 % par projet. Il est donc indispensable pour assainir les marges et avoir une certitude du coût de revient de l'opération de prévoir en amont les risques et leur gestion. »⁴⁹¹

Plus précisément, les différents services (techniques, financiers, juridiques) d'une structure ou d'un groupe (par mutualisation des services entre les filiales) vont travailler ensemble sur le projet pour déterminer une cartographie des risques et une matrice des risques mission par mission qui seront soumises à la hiérarchie, voire à un comité interne spécifique, pour déterminer l'opportunité de candidater ou non à un projet public.

D'autres enquêtés font également des études approfondies par leurs propres services et sur plusieurs années afin d'identifier les risques selon l'objet du contrat, leur probabilité et les solutions envisageables. Comme le soulignent deux autorités contractantes, la connaissance de l'état du marché à un instant *t* permet d'anticiper nombre de difficultés et de risques lors de la passation et de l'exécution du contrat. Il n'est d'ailleurs pas rare que, pour certains projets complexes, certaines autorités contractantes recourent occasionnellement à des prestataires externes, notamment des cabinets d'avocats ou des maîtres d'œuvre.

Quoi qu'il en soit, l'identification des risques est primordiale, car, pour reprendre les propos d'un opérateur économique, *« si un risque n'a pas été prévu, l'indemnisation du titulaire du marché sera refusée et, éventuellement, les clauses de règlement des différends actionnées »*.

Identification des risques et définition des besoins. Enfin, l'appréhension des risques devrait être appréhendée en amont du contrat dans la définition des besoins, éventuellement en recourant à des techniques de *sourcing*⁴⁹². Certains opérateurs économiques critiquent, dans le cadre des entretiens, le manque de fiabilité et de précision des études préalables réalisées par ou pour les autorités contractantes sur l'état des sols et des sous-sols ou l'état des bâtis existants, notamment par des sondages incomplets ou inadéquats. Comme l'explique l'un d'entre eux, il arrive que leurs services doivent compléter les données

⁴⁹¹ Propos d'un opérateur économique interviewé.

⁴⁹² Déjà dans les études sur les liens entre la passation et les difficultés d'exécution dans la commande publique, ainsi que celles sur la modification des contrats de la commande publique, les données récoltées par la Chaire témoignaient de la nécessité pour les autorités contractantes de ne pas négliger la définition des besoins et de pratiquer le *sourçage* pour améliorer la qualité des offres et des projets. Voir les deux rapports en question sur le site de la Chaire.

communiquées dans les dossiers de consultation avec leurs propres études s'ils ont l'autorisation de se rendre sur les lieux du projet⁴⁹³.

Pour autant, un enquêté constate, dans les projets de grande ampleur, de véritables progrès en la matière : les autorités contractantes semblent avoir compris l'intérêt des études préalables des risques, celles-ci rassurant les candidats et optimisant la répartition des risques. En ce sens, 3 autorités contractantes confirment que la discussion lors de la définition des besoins entre les services ou l'assistance à maîtrise d'ouvrage sont bénéfiques pour identifier et évaluer les risques des grands projets.

Le recours au sourçage ou à une assistance à la maîtrise d'ouvrage s'avère judicieux selon deux opérateurs économiques, et ce pour tous les marchés à long terme avec des enveloppes budgétaires conséquentes, car à travers différents livrables en amont de la passation du contrat, la liste des risques et leur évaluation seront de plus en plus précises. L'un d'eux estime d'ailleurs que le *sourçage* est le seul moyen d'anticiper correctement les besoins et de permettre une répartition des risques cohérente et équilibrée.

Typologie des risques selon les interviewés. Par ailleurs, dans le cadre des entretiens, les participants devaient identifier les principaux risques rencontrés dans leurs projets. Majoritairement, les interviewés précisait que ces risques dépendaient fortement du projet en cause, de l'objet du contrat et de ses objectifs. Certains se sont tout de même prêtés à l'exercice.

Majoritairement, les enquêtés ont recensé les risques en fonction de la chronologie du cycle de vie du contrat, distinguant alors les risques liés à la passation et les risques intervenant lors de l'exécution du contrat, soit pour la conception et la réalisation, soit pour l'exploitation. En effet, comme le souligne l'un d'entre eux :

« Les objectifs sont différents entre la passation et l'exécution. En passation, l'objectif est d'éviter les recours contentieux et l'annulation du contrat, d'autant que les annulations de procédures vont nous désorganiser. En exécution, les objectifs sont de réaliser le projet à son terme et d'éviter des surcoûts importants. Nous voulons parvenir à zéro réclamation. Finalement, nous souhaitons préserver les intérêts financiers de notre structure. »

⁴⁹³ Ce même interviewé confie qu'il existe également la possibilité d'émettre des demandes de compléments d'informations aux autorités contractantes, mais le contenu de leurs réponses est souvent insatisfaisant, celles-ci n'apportant que rarement des éléments utiles à l'ensemble des candidats.

Peuvent être ainsi listés les risques suivants⁴⁹⁴ :

- **Les risques liés à la passation et à la définition des besoins** : la documentation contractuelle, le contentieux (référé précontractuel ou contractuel, recours au fond d'un candidat évincé), le choix de procédure⁴⁹⁵, les études préalables et les données relatives aux sols et sous-sols (qui peuvent alors entraîner des répercussions sur l'exécution), les risques pénaux liés à la passation⁴⁹⁶ ;
- **Les risques lors de l'exécution contractuelle dans le cadre de la conception et de la réalisation d'un ouvrage** : les risques techniques, les intempéries et autres risques climatiques, les risques d'interface entre les différentes phases d'un projet et les différents intervenants (notamment dans les marchés globaux de conception-réalisation), les risques liés au calendrier d'exécution (avec le risque des pénalités⁴⁹⁷), les risques d'inflation, les risques de financement, les risques liés à la maîtrise d'œuvre, le défaut de paiement par l'acheteur, les défaillances de prestataires sélectionnés et de sous-traitants⁴⁹⁸, l'évolution des indices, les risques d'approvisionnement, le risque de disponibilité⁴⁹⁹, l'obtention d'autorisations administratives (urbanistiques ou environnementales comme les permis de construire⁵⁰⁰, les déclarations d'utilité publique ou les autorisations ou déclarations environnementales), les risques archéologiques⁵⁰¹, les risques fonciers (en cas de procédure d'expropriation⁵⁰²), les risques pénaux dans le cadre de la modification

⁴⁹⁴ Tous ces risques ne peuvent pas être anticipés au stade de la procédure de passation. D'où l'importance, comme le remarque un opérateur économique, de prévoir des clauses de réexamen pour adapter le contrat en cours d'exécution.

⁴⁹⁵ Une autorité contractante regrette l'interprétation rigoriste par le Conseil d'État des dispositions relatives aux procédures avec négociation. Le service juridique doit faire preuve de vigilance afin de réduire le risque contentieux.

⁴⁹⁶ Une autorité contractante souligne, à ce titre, le besoin de neutraliser le risque de conflit d'intérêts en particulier lorsque l'acheteur recrute d'anciens salariés de candidats ou titulaires.

⁴⁹⁷ Pour certains opérateurs économiques et avocats, le plafonnement des pénalités est indispensable ainsi que le caractère libératoire ou non des pénalités.

⁴⁹⁸ Comme le précise une autorité contractante, ce risque peut être neutralisé lors de la passation, mais peut tout de même survenir en exécution surtout avec des titulaires qui ont un quasi-monopole dans le domaine d'intervention pour lesquels ils interviennent.

⁴⁹⁹ Notamment dans lorsqu'est utilisée la technique de l'accord-cadre où les titulaires peuvent finalement ne pas être disponibles. Il en va de même, quelle que soit la technique d'achat, des sous-traitants.

⁵⁰⁰ Un opérateur économique relève que : « Depuis les années 1970, les autorisations propres aux travaux sont à la charge de celui qui exécute le chantier. Ceci est logique et ne doit pas être remis en question. En revanche, depuis quelques années, des acheteurs sortent du risque administratif des emprises du chantier pour les exporter à l'extérieur et les faire porter au titulaire des autorisations qui ne sont plus liées à l'objet même de l'achat. »

⁵⁰¹ Ces risques ne sont unanimement pas reconnus comme étant problématiques. Ils sont plutôt bien encadrés. Toutefois, des questions peuvent se poser sur la répartition du risque lorsque celui-ci survient dans certains projets.

⁵⁰² Une autorité contractante connaît de plus en plus de difficultés pour acquérir à l'amiable du foncier. En outre, certains anciens propriétaires refusent de quitter les lieux malgré l'indemnisation. Le recours à la force publique est alors nécessaire et ralentit l'ensemble du projet.

du contrat, risques politiques⁵⁰³ de contestation d'un projet⁵⁰⁴, les risques de sécurité (notamment sur les chantiers)⁵⁰⁵, les risques d'évolution normative ;

- **Les risques lors de l'exploitation d'un service ou d'un ouvrage :** les risques d'inflation, les risques de financement⁵⁰⁶, les risques de responsabilité⁵⁰⁷, les défaillances de sous-traitants et des prestataires sélectionnés, les risques pénaux dans le cadre de la modification du contrat, risques commerciaux, risques sociaux (comme les grèves), risque sur la vétusté du patrimoine et des biens de retours, les données d'entrées, les risques d'évolution normative.

Par ailleurs, certains enquêtés rencontrent des risques numériques, en particulier quant à l'application du RGPD, l'interopérabilité des services dématérialisés, les cyberattaques⁵⁰⁸, et l'espionnage industriel⁵⁰⁹. S'agissant du RGPD, un opérateur économique précise que les risques d'amende et les risques réputationnels sont importants en la matière. D'où le besoin de clarifier dans le contrat le responsable du traitement des données et le sous-traitant au titre du RGPD. Ceci est d'autant plus important qu'il ne faut pas perdre de vue que :

« Les équipementiers sont principalement européens ou américains. Donc, il peut y avoir des transferts de données hors Union européenne. Lorsqu'il y a des incidents, il va y avoir des transferts de données personnelles hors Union européenne pour les tickets d'incident de niveau 3, car on ne peut pas les résoudre autrement. Le responsable du traitement des données risque une amende de la

⁵⁰³ Les risques politiques de changement de majorité sont toutefois rares selon une majorité des interviewés. Un avocat précise que, dans ce cas, le principe de loyauté contractuelle prime sur les considérations politiques.

⁵⁰⁴ Un enquêté souligne que ce risque augmente au regard des préoccupations en matière de sécurité et de santé des populations, ainsi qu'en matière écologique et environnementale. Ceci peut ralentir des projets pourtant nécessaires à l'intérêt général, comme la construction d'incinérateurs. Un autre interviewé insiste sur les conséquences de ces risques qui résulteraient, selon lui, de l'administration et de la politique nationale elles-mêmes : « Cela entrave la prévisibilité pour les entreprises et nécessiterait une anticipation par l'acheteur et l'État avant la publication des appels d'offres ». Par ailleurs, un opérateur économique regrette que ces risques ne soient pas systématiquement gérés par les autorités contractantes (en accordant des délais d'exécution plus longs ou des indemnités financières au titulaire) qui demandent régulièrement de prouver que les manifestations ou désordres « politiques » ne sont pas du fait direct ou indirect du titulaire ou que le titulaire n'a pas été en mesure de contenir le phénomène.

⁵⁰⁵ Ce risque revient auprès de 3 autorités contractantes qui le considèrent comme étant le risque prioritaire.

⁵⁰⁶ Pour un opérateur économique : « Il faut que ce risque soit dérisqué en ce sens que le titulaire ait un circuit de financement qui lui permette de faire des provisions et d'avoir des avances en début d'exécution du marché, ainsi qu'en cours d'exécution en fonction de jalons d'exécution ou de livrables. »

⁵⁰⁷ D'où l'importance, selon un opérateur économique (et partagé par deux autorités contractantes), de prévoir des limitations de responsabilité dans les contrats.

⁵⁰⁸ Une autorité contractante rapporte le cas d'une cyberattaque contre l'un de ses titulaires qui l'a empêché d'exécuter ses marchés, car il n'avait plus accès à ses systèmes informatiques. Il a également été rapporté des cas de fausses commandes par des pirates informatiques usurpant l'identité d'un acheteur auprès d'un titulaire de marché de fourniture de matériel informatique.

⁵⁰⁹ Ceci est partagé par 2 autorités contractantes et 1 opérateur économique.

CNIL. Ceci est un risque financier considérable pouvant aller jusqu'à 4% du chiffre d'affaires annuel mondial, sans compter le risque réputationnel qui peut difficilement être anticipé et évalué.

Au-delà, c'est aussi une question de pragmatisme qui doit se poser dans le cas du traitement des notifications pour violations des règles du RGPD. On ne peut pas s'engager à notifier les violations dans des délais trop brefs. Dans certains marchés, il nous est imposé de notifier dans un délai de 24 heures, ce qui est bien trop court pour comprendre la situation et la traiter. »

Toutefois, comme le souligne une autorité contractante, le risque numérique, s'il est pris en considération, n'influence aucunement le contrat. Sur ce point, un opérateur économique se distingue puisque dans certains cas, les risques liés au numérique sont importants tant pour le matériel que pour des logiciels (surtout avec les solutions par abonnement ou en *cloud*). En effet, le risque de l'obsolescence est difficile à anticiper sur des marchés de longue durée, car l'obsolescence peut arriver du jour au lendemain en cours d'exécution du contrat, sans que le constructeur lui-même ne l'anticipe lui-même⁵¹⁰.

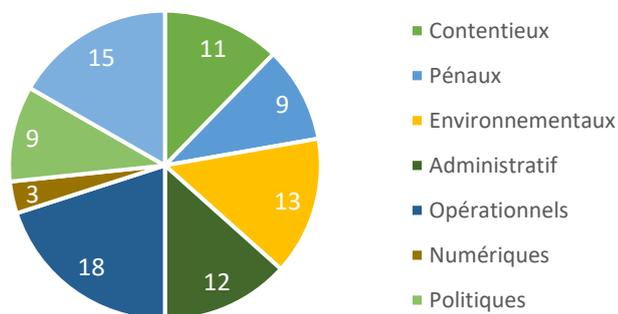


Figure 2.09 : Principaux risques selon les interviewés

Par ailleurs, des enquêtés ont préféré proposer une classification en fonction de l'objet du contrat :

- **Pour les contrats de concession :** les taux d'intérêt et la disponibilité des financements pour la mission de financement des projets, la bonne maîtrise des normes pour la mission de conception de l'ouvrage, les aléas géotechniques et la

⁵¹⁰ L'opérateur économique prend l'exemple des salles de visioconférences qui, depuis la généralisation des solutions de télétravail, sont devenues inutiles aujourd'hui.

maîtrise des coûts pour la mission de construction de l'ouvrage, les incendies, les événements naturels, les impayés bancaires, ou encore les risques commerciaux résultant des baisses de fréquentation des usagers pour l'exploitation de l'ouvrage ou du service (ou le risque de trafic ou de volume), les risques d'entretien courant et de gros entretien ;

- **Pour les marchés publics de travaux :** le risque se rattache aux risques de construction avec la nécessité d'anticiper divers risques comme la volatilité des prix à travers des clauses de révision des prix ou la négociation en fin de marché. Les risques contentieux contre un permis de construire ou les déclarations d'utilité publique se retrouvent également dans ces contrats, sans oublier les risques opérationnels comme la défaillance de fournisseurs ou les retards de délais. À ce titre, le risque délai est également important (si ce n'est plus) dans le cas d'un contrat de concession du fait d'obligation de mise en service dans un délai déterminé contractuellement ;
- **Pour les autres marchés :** les risques contentieux⁵¹¹, les risques des charges, les risques de vandalisme, les risques de trafic, les risques politiques.

Cependant, cette distinction ne convient pas à un avocat interrogé pour qui la distinction doit surtout s'apprécier entre les marchés d'exécution et les marchés de conception-réalisation :

« La césure de risque n'est pas du tout la même, car dans les marchés d'exécution, on n'est pas responsable du design. Si la conception est insuffisante aux yeux du titulaire, il a l'obligation de le dire, mais il n'a qu'une obligation de conseil. Il signale juste pour qu'une correction soit apportée. Son risque est limité à l'acte de construire. Le risque se circonscrit a priori. L'entrepreneur est plutôt protégé par les théories des sujétions imprévues, sauf s'il a mal analysé les études géologiques. Il demeure fondamentalement responsable de ses méthodes.

En marché de conception-réalisation, les choses sont différentes : le prix est forfaitaire, c'est un prix anticipé indépendant des conditions. Le risque du sol dans les marchés de conception est à la charge du concepteur. De plus, il doit répondre aux spécifications des besoins à satisfaire. La part de risque est beaucoup plus

⁵¹¹ Un avocat précise que : « Si le financement repose sur une cession de créances, il faut que le contrat soit purgé de tout recours pour que la cession de créances fonctionne. L'un des modes de financement classique d'un investissement c'était l'hypothèque, mais on l'utilise peu dans les marchés publics, le banquier a besoin d'une autre sûreté : la cession de créances, on va faire en sorte que le partenaire ait une rémunération qui couvre une rémunération – le banquier ne prête pas tant qu'il n'y a pas la purge du recours. »

grande dans un marché de conception-réalisation. D'ailleurs, quand un donneur d'ordre fait appel à un marché de conception-réalisation, c'est qu'il n'a pas le temps ou pas les moyens de faire les analyses suffisantes (notamment géotechniques). Il y a donc déjà dans l'esprit du maître d'ouvrage un transfert de risque envers le concepteur. »

Par ailleurs, un autre avocat a souhaité attirer l'attention sur un risque central dans sa pratique des contrats globaux et celle de ses confrères : le risque résultant de la jurisprudence *Haute-Normandie*⁵¹². Pour lui, les risques sont plus importants aujourd'hui dans les marchés allotés lors d'un mauvais travail d'un intervenant tiers. Avec la jurisprudence *Région Haute-Normandie*, il faut supporter les risques des personnes choisies sans l'éclatement des responsabilités qui pourrait être attendu du titulaire, en particulier lorsque celui-ci n'est aucunement à l'origine des difficultés rencontrées. Il lui faut alors se retourner contre l'intervenant tiers, en espérant qu'il soit solvable, et après plusieurs années d'expertise et de contentieux.

Typologie des risques selon les sondés. En prenant compte des différentes classifications proposées par les interviewés, l'enquête quantitative a proposé aux sondés de choisir parmi une liste prédéfinie (à laquelle ils pouvaient apporter des commentaires pour préciser leur réponse) les risques principaux risques qu'ils rencontrent ordinairement dans leur pratique en fonction des différentes catégories de contrats (à savoir les marchés publics classiques, les marchés globaux, les marchés de partenariat et les contrats de concession). L'objectif est d'identifier les principales typologies de risques en fonction du contrat pour préciser, grâce à un panel de 74 participants ayant répondu à ces questions, les résultats obtenus lors de la phase d'enquête qualitative.

Il ressort des sondages que, dans tous les contrats, les principaux risques rencontrés par les praticiens sont les risques techniques et opérationnels (67,1 % pour les marchés publics classiques, 61,9 % pour les marchés globaux, 34,8 % pour les marchés de partenariat et 47,5 % pour les contrats de concession), ainsi que les risques contentieux liés à la passation (45,2 % pour les marchés publics classiques, 38,1 % pour les marchés globaux, 26,1 % pour les marchés de partenariat et 47,5 % pour les contrats de concession) et à l'exécution (67,1 % pour les marchés publics classiques, 57,1 % pour les marchés globaux, 34,8 % pour les marchés de

⁵¹² CE, 5 juin 2013, *Région Haute-Normandie*, n° 352917.

partenariat et 45 % pour les contrats de concession)⁵¹³. Sur ces risques, des autorités contractantes et des opérateurs économiques ont précisé les risques les plus courants :

- **Sur les risques contentieux liés à la passation** : le formalisme des procédures, la détermination des critères et sous-critères d'attribution, la cohérence de la notation avec les mémoires techniques (certains répondants insistent sur le caractère subjectif du mémoire technique), l'éviction d'un candidat ou encore l'analyse des offres ;
- **Sur les risques contentieux liés à l'exécution** : la conclusion d'un avenant, les répercussions pratiques de la jurisprudence *Région Haute-Normandie* pour les maîtres d'œuvre, les conséquences sur l'exécution du contrat de la survenance de risques techniques ou opérationnels majeurs, les réclamations indemnitaires à défaut d'accord amiable, les contestations de pénalités ou de refus d'indemniser au titre de l'imprévision, la non-conformité des prestations fournies ;
- **Sur les risques techniques et opérationnels** : le management de la santé et de la sécurité d'un prestataire, la défaillance d'un titulaire ou d'un sous-traitant, les retards d'exécution, l'inertie d'un maître d'ouvrage ou d'un maître d'œuvre, la non-conformité substantielle des études des sols et des sous-sols ou d'autres études préalables, les aléas géologiques et météorologiques, la défaillance de la définition des besoins entraînant des demandes d'avenant en cours d'exécution du contrat, la difficulté à diversifier les fournisseurs pouvant engendrer un risque de rupture d'approvisionnement.

Les risques politiques (30,1 % pour les marchés publics classiques, 31 % pour les marchés globaux, 21,7 % pour les marchés de partenariat et 42,5 % pour les contrats de concession)⁵¹⁴ et les risques de financement (21,9 % pour les marchés publics classiques, 33,3 % pour les marchés globaux, 34,8 % pour les marchés de partenariat et 37,5 % pour les contrats de concession)⁵¹⁵ sont également récurrents dans l'ensemble de ces contrats.

Toutefois, les risques pénaux sont mentionnés comme étant principalement rencontrés dans le cadre des marchés publics classiques pour 29,6 % des sondés contre 14,3 % dans les

⁵¹³ Les statistiques présentées pour la typologie des risques sont calculées en fonction du nombre de sondés concernés par les différentes catégories de contrats.

⁵¹⁴ Pour exemple, des participants ont indiqué comme risques politiques : le risque de non-acceptabilité d'un projet, le risque d'image et le risque de changement de majorité. L'un d'eux a souligné que ce dernier risque est plus critique dans les marchés globaux et les contrats de concession en raison de la durée du contrat.

⁵¹⁵ Certains sondés illustrent comme risque la sous-estimation du budget alloué au projet (pour les marchés publics classiques), les risques liés aux taux d'intérêt et à l'inflation et la stabilité des financements (pour les marchés globaux, les marchés de partenariat et les contrats de concession).

marchés globaux, 13 % dans les marchés de partenariat et 20 % dans les contrats de concession. Ces risques sont principalement liés à la passation des contrats, à l'application des deux lois Sapin⁵¹⁶ et à la densification de la réglementation anticorruption. Pour autant, aucun élément ne permet objectivement d'expliquer ce sentiment du risque pénal plus couramment appréhendé dans les marchés publics classiques que dans les autres contrats de la commande publique.

De même la majorité des sondés estiment ne pas connaître de risques numériques ou très rarement, à l'exception des marchés publics classiques (17,8 %)⁵¹⁷. Quant aux risques environnementaux, ceux-ci sont plus rencontrés par les praticiens dans les marchés publics classiques (34,2 %), les marchés globaux (26,2 %) et les contrats de concession (27,5 %) que dans les marchés de partenariat (8,7 %).

Enfin, d'autres risques ont été soulignés par les participants aux sondages pour trois catégories de contrats :

- **Pour les marchés publics classiques**⁵¹⁸ : les risques de perte de marge, les risques de trésorerie, les risques de contestation d'un protocole d'accord, les risques liés à la responsabilité financière des gestionnaires publics, les risques d'attractivité ou de faible concurrence d'un marché selon le secteur d'activité ;
- **Pour les marchés globaux**⁵¹⁹ : les risques transférés par les concepteurs aux constructeurs, les risques de trésorerie ;
- **Pour les contrats de concession**⁵²⁰ : le risque de fréquentation et de trafic.

Les sondages permettent ainsi de relever des similitudes dans l'appréhension des risques dans les marchés publics classiques, les marchés globaux, les marchés de partenariat et les contrats de concession. Les spécificités dépendraient ainsi surtout du secteur d'activité.

⁵¹⁶ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (Loi Sapin 1) ; Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (Loi Sapin 2).

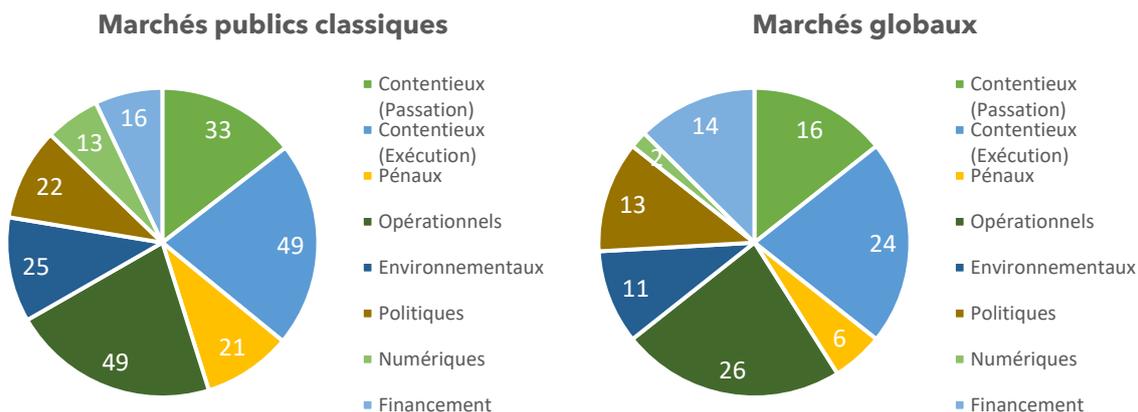
⁵¹⁷ Pour les marchés de partenariat (0%), pour les marchés globaux (4,7 %) et pour les contrats de concession (10%).

⁵¹⁸ Selon 3 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques.

⁵¹⁹ Selon 2 opérateurs économiques.

⁵²⁰ Selon 1 opérateur économique.

	Marchés publics classiques			Marchés globaux		
	AV	AC	OE	AV	AC	OE
Risques contentieux liés à la passation	2	23	8	1	10	5
Risques contentieux liés à l'exécution	4	24	21	3	11	10
Risques pénaux	1	14	6	1	2	3
Risques techniques et opérationnels	0	25	24	2	11	13
Risques environnementaux	0	11	14	0	3	8
Risques politiques	1	16	5	1	7	5
Risques numériques	0	10	3	0	0	2
Risques de financement	0	12	4	1	8	5
Autres risques	0	3	4	0	0	2
Non-concernés	0	2	1	1	20	11



	Marchés de partenariat			Contrats de concession		
	AV	AC	OE	AV	AC	OE
Risques contentieux liés à la passation	1	4	1	2	9	8
Risques contentieux liés à l'exécution	1	5	2	3	7	8
Risques pénaux	1	2	0	1	4	3
Risques techniques et opérationnels	1	4	3	1	10	8
Risques environnementaux	0	1	1	1	5	5
Risques politiques	1	4	0	1	9	7
Risques numériques	0	0	0	0	2	2
Risques de financement	1	5	2	1	7	7
Autres risques	0	0	0	0	0	1
Non-concernés	3	28	20	1	17	16

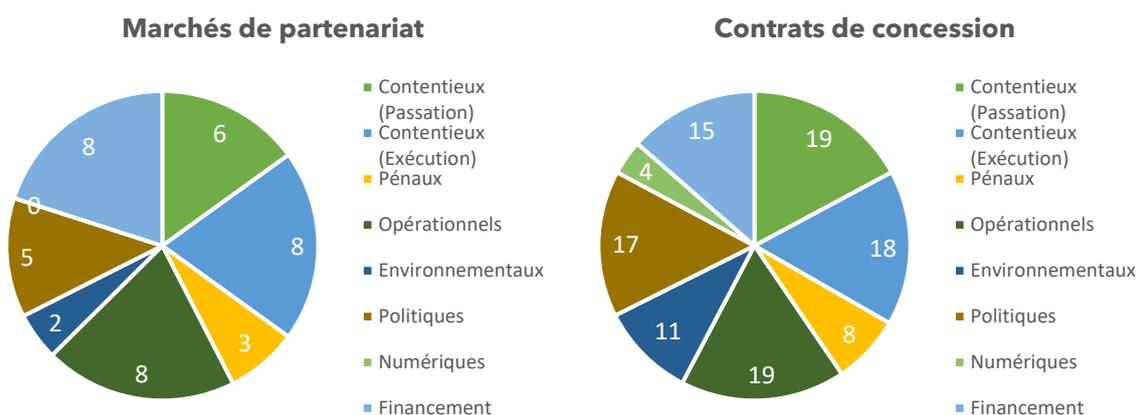


Figure 2.10 : Principaux risques selon les sondés en fonction des différentes catégories de contrats

Par ailleurs, une autre question des sondages a permis de dresser une liste non-exhaustive de risques dans les contrats de la commande publique dans le cadre de la définition de la notion de risque. Initialement les formulaires en ligne proposaient aux participants de donner des exemples de risques. Les résultats ont été au-dessus des attentes de la Chaire puisque de nombreux sondés ont fait l'effort de lister un nombre important de risques (voir tableau ci-après).

	Marchés publics classiques		
	AV	AC	OE
Risque pénal (corruption, entente ou atteinte à la probité)	1	8	0
Contentieux de la passation	1	15	0
Contentieux de l'exécution	0	5	0
Liquidation ou redressement du titulaire	0	2	0
Défaut ou rupture d'approvisionnement	1	7	1
Mauvaise définition des besoins	0	4	3
Mauvais allotissement ou saucissonnage	0	2	0
Études préalables non-conformes	0	1	7
Risque propre aux travaux	1	5	8
Risque propre aux marchés publics informatiques ⁵²¹	0	2	0
Infructuosité des procédures	0	4	0
Résiliation ou annulation du contrat	0	5	0
Risque politique	0	2	4
Risque financier ou risque de financement	3	3	2
Risque environnemental	0	1	0
Risque foncier	0	1	0
Risque exogène ou aléa	0	2	8
Défaut de concurrence	0	2	0
Inflation économique	0	6	2
Risque d'exploitation	1	3	1
Risque de fréquentation ou de trafic	0	1	0
Inexécution, mauvaise exécution, défaillance du titulaire ou sous-traitant	4	9	3
Risque de réputation ou d'image	0	4	1
Non-satisfaction du besoin	0	2	0
Autres	4	11	13

Figure 2.11 : Identification de risques par les sondés

Plus précisément, les risques évoqués par les répondants permettent d'ajouter d'autres risques à ceux précédemment évoqués par les interviewés ou les sondés, à savoir :

- Les risques liés à la fréquentation d'un ouvrage ;
- Les risques liés à des changements de normes ;
- Les risques liés au financement des investissements : un avocat souligne à ce propos que « *ce risque est encore peu appréhendé par les personnes publiques, notamment dans le cadre de concession où le recours à des financements externes avec cession de créances est de plus en plus fréquent, mais les collectivités locales ne sont pas*

⁵²¹ Une autorité contractante précise : l'absence de clause d'audit adaptée (sur la fourniture de logiciel ou la licence de logiciel par exemple) ou de clause de maintenance de logiciel adaptée, le risque lié au caractère du prix forfaitaire inadapté ou l'insuffisance de la définition des prestations comprises dans le forfait, ou encore ne pas prévoir de prix de régularisation d'utilisation de licence du logiciel en cas de dépassement, le risque de dépendance technologique vis-à-vis d'un fournisseur, la question de la sécurité informatique d'une solution achetée ou encore la violation des données personnelles.

suffisamment armées pour en négocier les conditions et se prémunir des risques d'évolution d'un taux » ;

- Les risques de mésentente entre les contractants ;
- Les risques de dégradation du domaine ;
- Les risques juridiques liés à la mauvaise rédaction d'une clause ou à l'oubli d'une clause dans un marché ou contrat de concession : tel est le cas en l'absence de stipulation contractuelle pour régler les éventuelles problématiques de rupture d'approvisionnement ;
- Les refus de paiement ;
- L'exécution aux frais et risques du titulaire ;
- La méconnaissance par l'acheteur public des conditions réelles d'exécution des prestations ou l'absence de contrôle suffisant de l'exécution du contrat ;
- Les risques liés à l'insuffisance de ressources d'une autorité contractante pour couvrir sa responsabilité de propriétaire ;
- Les risques liés aux insuffisances ou aux erreurs des études jointes au DCE ou les risques liés à un défaut de conception⁵²² ;
- Les risques financiers affectant les sous-traitants pendant l'exécution du contrat : un opérateur économique insiste sur les effets négatifs que ce risque engendre sur le chantier (retards ou interruptions des travaux) ;
- Les risques d'image ou de réputation ;
- Les risques de présence d'un sous-traitant non agréé ;
- Les risques dans la vérification de la situation fiscale ou sociétale du titulaire ;
- Le dépassement des budgets ou des montants des marchés ;
- Les risques liés au défaut d'alerte et de conseil d'un maître d'œuvre ;
- Les risques liés à une gestion de fait de chantier sans préaviser le maître d'ouvrage ;
- La défaillance d'un financeur empêchant la poursuite du contrat.

Synthèse. En définitive, l'identification des risques s'effectue principalement par le retour d'expérience, tant pour les opérateurs économiques que pour les autorités contractantes. En outre, établir une cartographie exhaustive des risques dans les contrats de la commande publique est une entreprise délicate tant ceci est dépendant de l'objet du contrat et de la forme de celui-ci.

⁵²² Ces risques sont relevés par près d'un opérateur économique sur deux dans le cadre des sondages en ligne.

B. L'évaluation des risques : une méthodologie à la fois objective et subjective

Criticité d'un risque. Déterminer la gravité d'un risque est complexe. En effet, la criticité d'un risque est le produit de sa probabilité d'occurrence et de son impact sur le projet. Dès lors, comme le relève une autorité contractante interviewée, un défaut de paiement par la personne publique ou la défaillance d'un titulaire aura un impact désastreux sur le projet, mais sa probabilité d'occurrence est très faible. La criticité du risque est donc basse. Il en va de même de l'état des sols. En revanche, les risques de recours pour les projets de grande ampleur auront une forte probabilité d'occurrence et un impact financier important, comme pour les risques sur les autorisations administratives.

Appréciation de la criticité par les interviewés. La gravité des risques dépend ainsi fortement du projet en cause⁵²³, même si des risques généraux se retrouvent dans chacun des contrats. Ainsi, certains interviewés considèrent comme particulièrement critiques, les risques suivants :

- **Les risques contentieux et précontentieux**⁵²⁴ : les réclamations sont de plus en plus nombreuses, en particulier dans le secteur de la construction et du BTP, ainsi que dans les contrats de concession ;
- **Les risques pénaux**⁵²⁵ : spécifiquement les risques liés à la probité dans la commande publique tant pour les autorités contractantes que pour les opérateurs économiques, ainsi que le travail dissimulé pour les opérateurs économiques ;
- **Les risques administratifs**⁵²⁶ : pour les autorisations administratives ;
- **Les risques en ressources humaines**⁵²⁷ : à savoir les difficultés de recrutement d'un personnel immédiatement compétent ;

⁵²³ À ce propos, les enquêtés n'estiment pas que certains projets ou certains contrats soient plus à risque que d'autres. Le seul élément qui peut expliquer les différences de gravité d'un contrat à un autre réside dans sa durée d'exécution. Logiquement, comme le relèvent plusieurs enquêtés, plus le temps d'exécution est long, plus l'exposition au risque augmente puisque les probabilités d'occurrence augmentent avec la durée d'exécution. Une autorité contractante, toutefois, souligne que certaines techniques d'achat, au regard de leur rareté de mise en œuvre, peuvent générer plus de risques juridiques, comme les systèmes d'acquisition dynamique.

⁵²⁴ Pour 3 autorités contractantes et 1 opérateur économique interviewés.

⁵²⁵ Pour 2 autorités contractantes, 1 opérateur économique et 2 avocats interviewés.

⁵²⁶ Pour 1 autorité contractante et 2 opérateurs économiques interviewés.

⁵²⁷ Pour 2 autorités contractantes interviewées.

- **Les risques liés aux données et informations⁵²⁸** : les risques liés à l'état des infrastructures sont particulièrement ciblés ici dans le cadre de l'entrée d'une nouvelle concession, car l'état des infrastructures n'est pas forcément conforme à l'entrée. La maintenance peut ne pas avoir été faite dans les règles de l'art, en particulier en cas de régies rurales (les régies urbaines ayant plus de moyens financiers, techniques et humains).

Les risques techniques ne sont majoritairement pas perçus comme critiques. Les opérateurs économiques estiment les maîtriser suffisamment : si l'occurrence peut être élevée, les conséquences sont considérablement réduites au regard de leur expérience.

Appréciation de la criticité par les sondés. Les résultats de l'enquête quantitative diffèrent légèrement de ceux de l'enquête qualitative notamment au regard de la criticité importante accordée aux risques techniques et opérationnels dans les marchés publics classiques et les marchés globaux, en particulier parce qu'ils peuvent avoir, selon certains sondés, de lourdes conséquences en termes de délai d'exécution et de pénalités de retard.

	Marchés publics classiques			Marchés globaux		
	AV	AC	OE	AV	AC	OE
Risques contentieux liés à la passation	2	18	5	2	5	3
Risques contentieux liés à l'exécution	3	19	13	3	8	4
Risques pénaux	1	15	5	1	2	1
Risques techniques et opérationnels	0	21	19	0	10	11
Risques environnementaux	0	7	5	0	3	5
Risques politiques	0	8	1	1	4	1
Risques numériques	0	4	0	0	0	1
Risques de financement	0	7	1	0	6	2
Autres risques	0	2	1	0	0	2
Non-concernés	0	3	2	1	20	7

	Marchés de partenariat			Contrats de concession		
	AV	AC	OE	AV	AC	OE
Risques contentieux liés à la passation	1	0	0	2	4	7
Risques contentieux liés à l'exécution	1	3	1	3	6	2
Risques pénaux	1	0	0	1	2	1
Risques techniques et opérationnels	0	2	3	1	11	6
Risques environnementaux	0	0	1	0	2	3
Risques politiques	0	1	0	0	7	4
Risques numériques	0	0	0	0	0	1
Risques de financement	1	3	1	1	5	3
Autres risques	0	0	0	0	0	0
Non-concernés	3	28	15	1	18	11

Figure 2.12 : Appréciation de la criticité des risques par les sondés en fonction des différentes catégories de contrats

⁵²⁸ Pour 2 opérateurs économiques et 1 avocat interviewés.

De même alors que le risque pénal était perçu comme critique pour nombre d'interviewés, il en est autrement par les sondés. Ceux-ci ne le considèrent comme tel que dans le cadre des marchés publics classiques et du point de vue des autorités contractantes.

Si dans l'ensemble la perception de la criticité des risques diffère entre les interviewés et les sondés, à l'exception de celle des risques contentieux en particulier pour le contentieux de l'exécution, elle témoigne d'une part non négligeable de subjectivité dans la démarche d'évaluation des risques malgré l'objectivité des méthodes utilisées pour identifier et évaluer les risques (voir *infra*).

Redevance, tarification et criticité du risque d'exploitation. Certains mécanismes peuvent réduire la criticité du risque d'exploitation, en particulier les redevances ou les tarifications dans le cadre des concessions. Peu d'enquêtés ont répondu à cette question. Toutefois, il ressort des entretiens que la présence de redevances ou de tarification pour les concessions ne diminue pas pour autant le risque d'exploitation. En outre, un avocat explique que :

« Dans le cadre des concessions, la tarification et les redevances ne diminuent pas forcément le risque d'exploitation. D'ailleurs, le public pousse le privé à la faute en lui demandant de lui raconter des histoires prometteuses. Dans les critères des choix, il y a les niveaux de péages où le public demande le volume de trafic. Donc des sociétés privées promettent monts et merveilles pour remporter le contrat alors qu'on sait que ce n'est pas réalisable. Le public fait semblant d'y croire et choisit le scénario le plus profitable, bien que douteux. Et une fois dans la vraie vie, et qu'on est assez éloigné de ce qu'il y avait dans l'offre, on rebat les cartes. Il faudrait que le secteur public apprenne à moins croire ce qu'on lui raconte. Il y a une « complicité » au moins passive du public qui essaye de mettre au maximum de risque sur le privé, mais les faits sont têtus et quand on met trop de risques sur le secteur privé, ces risques reviennent. Si la concession sous-performe, on va avoir ces discussions qui ont des coûts. Et si vraiment la situation se dégrade et que la concession elle-même est en cause, il faut couper la branche, et ceci a un coût pour le secteur public notamment pour acheter les biens de retours dans un calendrier qui n'est pas anticipé. »

Toutefois, une position minoritaire se révèle lors de l'entretien d'une autorité contractante. Pour elle, s'agissant du risque d'exploitation, le versement d'une redevance au

concessionnaire ou l'instauration d'une tarification par l'autorité contractante peut effectivement réduire le risque du cocontractant. À ce titre, une autorité contractante reconnaît être souvent « *borderline sur la notion de risque d'exploitation sur le plan financier* ». Pour autant, ceci ne remet pas en cause la distinction entre un marché public et une concession puisque, selon ce même enquêté, la différence véritable entre les deux modes contractuels réside dans la stratégie de gestion d'un service ou d'un ouvrage : dans un marché, l'autorité contractante demeure l'exploitant tandis que, dans un contrat de concession, sa présence est bien plus limitée, l'exploitation étant justement déléguée au concessionnaire choisi.

Infirmation par les sondages. Les résultats des sondages suivent la position minoritaire évoquée dans l'entretien de l'autorité contractante précédemment évoquée. En effet, 28 sondés sur 38 (3 avocats sur 4, 15 autorités contractantes sur 19 et 10 opérateurs économiques sur 15), soit 73,6 % des personnes ayant répondu à la question, estiment que le versement d'une redevance ou l'instauration d'une tarification par l'autorité contractante peut réduire le risque d'exploitation d'un concessionnaire. Un opérateur économique confie que l'instauration d'un forfait de charge fixe est de nature à limiter le risque d'exploitation, ce que confirme une autorité contractante.

Méthodes d'évaluation objectives. L'évaluation des risques s'effectue, généralement, en parallèle de leur identification. Partant, la méthode repose principalement sur la capitalisation de l'expérience⁵²⁹ et la coopération des services⁵³⁰, ainsi qu'à travers du sourçage ou des études et audits⁵³¹, voire en recourant à des prestataires externes⁵³². De plus, des logiciels et des experts permettent d'établir des probabilités pour certains risques.

Concrètement, les opérateurs économiques vont établir des matrices internes et des business plans qui recenseront les risques et les évalueront. Les banquiers et les prêteurs

⁵²⁹ Dans le cadre des sondages en ligne, 75,6 % des sondés indiquent procéder par retours d'expérience pour l'évaluation des risques (4 avocats, 30 autorités contractantes et 22 opérateurs économiques).

⁵³⁰ Dans le cadre des sondages en ligne, 43,2 % des sondés confient que l'évaluation des risques s'effectue par la coopération des services internes (20 autorités contractantes et 12 opérateurs économiques).

⁵³¹ Dans le cadre des sondages en ligne, 35,1 % des sondés recourent au sourçage, à des études et des audits, notamment pour avoir le retour d'entreprises d'un secteur spécifique (20 autorités contractantes et 5 opérateurs économiques).

⁵³² Dans le cadre des sondages en ligne, 18,9 % des sondés font appel à des prestataires externes, notamment la DAJ de Bercy ou à des experts pour les projets les plus complexes ou pour décharger des services achats ou juridiques (12 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques). D'ailleurs, un opérateur économique sondé souligne : « *L'évaluation des risques ne devrait pas être faite par des juristes, mais elle devrait résulter de données concrètes tirées des chantiers passés. L'évaluation des risques doit être menée par des experts opérationnels et financiers, avec l'accompagnement du service juridique.* »

peuvent également intervenir pour vérifier la part de risque que présente un projet auquel son client souhaite répondre et demande un financement auprès de son établissement bancaire.

Dans ces matrices, une évaluation brute de la criticité est attribuée à chaque risque inhérent ou intrinsèque au projet, dans une hypothèse où il n'y a aucun moyen de maîtrise ou de contrôle (le risque est alors appelé « risque brut »). Ensuite, au regard de leur expérience dans la maîtrise et la gestion de ces risques identifiés et la mise en place de diverses mesures de couvertures du risque soit dans le contrat lui-même (clauses de révision des prix, clauses de réexamen, clauses de rendez-vous ou de revoyure, clauses limitatives de responsabilité, présence de franchise dans certaines clauses de responsabilité) soit par des solutions opérationnelles (avances ou acomptes, possibilité de provisionner le risque au regard de l'importance concurrentielle du marché, possibilité d'avoir des garanties par des assureurs, possibilité d'avoir des financements par des banques ou des prêteurs, possibilité de négocier dans le cadre de la passation du contrat, mises en place de plans d'actions ou d'autres solutions opérationnelles), une évaluation nette de la criticité sera apposée à chacun de ces risques. Le « risque net » sert ainsi de référence dans la stratégie commerciale de l'opérateur économique et dans son choix de répondre ou non à un appel d'offres public.

Dans le cadre des entretiens, plusieurs opérateurs économiques doivent, d'ailleurs, avoir l'accord d'un comité interne évaluant les risques pour déterminer s'ils vont ou non se positionner sur un appel d'offres. L'un d'entre eux indique que :

« Nous avons des comités d'engagement : des personnes de l'entreprise se consacrent à l'élaboration d'une offre et ont l'obligation en interne (au sein de l'entreprise) d'expliquer quels sont les risques issus du cahier des charges (risques techniques, juridiques et financiers). On va s'intéresser à la rentabilité des projets et donc à différents sujets comme les courbes de trésorerie (notamment en l'absence d'avance prévue dans le contrat) qui entraînent une comparaison des courbes de paiements et des courbes de charges (car les charges ont lieu dès la notification, contrairement aux travaux où il y a une phase de conception). Il s'agit d'éviter le risque d'être moins rentable et de rencontrer des difficultés financières. Ceci amène à une pondération du risque et à notre stratégie pour répondre à l'offre. »

Un autre opérateur économique insiste sur la présence aux côtés des juristes d'une profession de *risk management*, généralement des financiers qui vont pouvoir chiffrer et évaluer un risque afin de déterminer la part de provision dans le prix de l'offre pour chaque risque.

Un enquêté ayant travaillé dans le secteur bancaire précise que :

« Les banquiers sont payés pour prendre des risques. Ils vont demander une limitation des responsabilités pour être certains de retrouver leur investissement à la fin du projet. Le banquier devient alors un conseiller financier et juridique de l'opérateur économique voulant candidater. Comment cela fonctionne-t-il concrètement ?

Déjà, il y a un grand principe : les risques dont la probabilité est faible entraînent des conséquences élevées, tandis que les risques dont la probabilité est élevée entraînent des conséquences faibles. Le banquier va analyser l'environnement et la technologie du projet. Il va aider l'opérateur économique à faire son modèle économique et émettre des hypothèses de risques qui vont être testées pour déterminer les fonds et les exigences nécessaires pour sécuriser financièrement et juridiquement le projet (et donc l'investissement). »

Dès lors, les banques vont éviter de prendre des risques dont la criticité est trop élevée, comme le souligne un avocat. En effet, il y a une différence d'approche entre l'opérateur économique et la banque. Cette dernière, ne voulant pas prendre de risque, voudra exclure un risque à forte criticité même si c'est peu probable comme un retrait du projet⁵³³. Les banques ne veulent pas entendre l'argument de l'occurrence, c'est la criticité qui compte⁵³⁴. Elles refuseront que le titulaire prenne alors ce risque :

« Il y a donc souvent des négociations où les banques ont une certaine influence, car le risque pris par le titulaire, c'est comme si elles le prennent. En cas de divergence entre le titulaire et la banque : ça devient un risque actionnaire, c'est-à-dire que si ça se produit le risque, la garantie est les actions de la société du titulaire. »

Plusieurs éléments objectifs interviennent dans le cadre de l'évaluation d'un projet, comme le précisent plusieurs opérateurs économiques : le temps nécessaire pour le projet, la rédaction des clauses, les franchises, les limites de responsabilité, le nombre de réunions ou de livrables, la présence ou non d'un prix au forfait ou à l'unité, les rendez-vous sur place, la

⁵³³ Sur ce point, 2 avocats et 7 opérateurs économiques ont indiqué dans les sondages que des prêteurs ou des banquiers interviennent régulièrement dans l'évaluation des risques d'un contrat de la commande publique. Deux d'entre eux admettent que leur expertise est bienvenue notamment pour une évaluation plus précise des conséquences de la survenance du risque.

⁵³⁴ Sur ce point, l'enquêté ayant travaillé dans le secteur bancaire ne souscrit pas à cette opinion.

présence ou non de visioconférence ou de télétravail, l'évolution de la réglementation probable, les rémunérations fixes et les parts variables dans le cadre de concessions, etc.

Toutefois, des risques ne peuvent pas être évalués comme les risques politiques. Un opérateur économique interviewé confie :

« Si c'est principalement l'expérience qu'on prend en compte pour capitaliser les risques, il y en a qu'on n'appréhende pas comme les risques politiques, car on ne sait pas comment garantir ces risques et les capitaliser. Je peux les identifier, mais pas les couvrir. Dans nos devis d'offres, on prévoit dans des fichiers Excel, les risques qu'on a appréhendés et on justifie notre chiffrage et comment on l'a encadré. Ensuite, on récupère toutes ces fiches et on capitalise sur l'expérience. Seulement, rien d'objectif ne permet d'évaluer et de chiffrer le risque politique. Si le risque politique est avéré, dans ce cas-là, aucun opérateur économique averti ne se lancerait dans l'aventure. La préparation d'un contrat coûte de l'argent et du temps. »

Part de subjectivité. Certains opérateurs économiques avouent que le chiffrage du risque et donc du prix de leur offre tient compte des éléments subjectifs en fonction de l'acheteur à l'initiative du projet. L'un d'eux témoigne :

« Lorsqu'on ne connaît pas le client, on va se renseigner au sein de notre entreprise. Et quand on n'a jamais travaillé avec eux, je vais me faire une idée avec des éléments de contexte ici et là, et quand je n'y parviens pas, je vais plus ou moins prendre de risque en fonction de la mise en concurrence et de son impact sur le prix. Si j'ai peur, je mets une provision pour aléa plus importante. Finalement c'est un faisceau d'indices. »

Cette part de subjectivité est confirmée par d'autres opérateurs économiques et, surtout, des autorités contractantes avouent ne pas s'en étonner :

« Lorsqu'une autorité contractante ne joue pas le jeu de la loyauté contractuelle ou qu'elle ne prépare pas correctement ses projets, à force ce n'est pas étonnant que les opérateurs économiques deviennent plus frileux et provisionnent leur risque en augmentant les prix. Le risque augmente, donc les prix aussi. »

Ce constat est partagé par un autre opérateur économique :

« De notre côté, nous faisons surtout des prestations intellectuelles. Nous vendons du temps passé pour la prestation commandée. Quand nous chiffrons nos prestations, nous allons capitaliser les risques, notamment les risques de rupture de charges (interruption pendant quelques mois entre les différentes phases du projet), et nous intégrons ceci dans notre devis. Quand nous chiffrons, nous regardons tout ce qui peut se passer. Nous allons voir les clauses prévues dans les documents de consultation, notamment pour savoir s'il y a des réunions prévues. S'il est indiqué « autant que nécessaire » sans précision du nombre de réunion, nous devons faire une estimation en fonction du projet. Nous précisons alors dans l'offre le nombre de réunions prévues, par exemple 5, et si nous en faisons plus c'est de la commande supplémentaire. Nous couvrons ainsi le risque. Quant aux livrables, il peut y avoir deux ou trois allers-retours pour prendre en compte les remarques et les questions. Mais, dans d'autres cas, il va y en avoir une vingtaine, augmentant donc le coût. Selon notre connaissance du client, nous allons appréhender et chiffrer différemment ces risques. »

L'ensemble de ces données va permettre de capitaliser le risque dans l'offre. Seulement, cet exercice de chiffrage a une limite : la concurrence qui tend à faire baisser les prix pour les marchés ou à un pincement tarifaire pour les concessions. Un arbitrage doit être fait entre le provisionnement du risque et le prix final de l'offre pour accroître ses chances de succès lors de la sélection des offres.

Confirmation par les sondages. Globalement, il ressort des sondages que l'évaluation des risques repose sur des techniques objectives et subjectives pour 70,8 % des sondés (3 avocats, 25 autorités contractantes et 18 opérateurs économiques)⁵³⁵ à travers une appréciation propre à chacun de la criticité de certains risques ou le choix des seuils de probabilité acceptables, et des méthodes objectives reposant majoritairement sur le retour d'expérience, la coopération des services et le recours au sourçage, à des études et des audits.

Synthèse. En définitive, l'évaluation des risques repose principalement sur des éléments objectifs qui sont appréhendés à travers au regard de l'expérience des opérateurs économiques et de la coopération avec leurs services ou des tiers comme les établissements bancaires. Parfois, une part de subjectivité peut intervenir dans l'étude de la criticité des risques

⁵³⁵ Les 29,2 % sondés restants ont indiqué procéder soit par des techniques purement objectives (21,5 % : 7 autorités contractantes et 7 opérateurs économiques), soit par des techniques purement subjectives (7,7 % : 1 avocat, 3 autorités contractantes et 1 opérateur économique).

et de la capitalisation de ceux-ci dans le prix de l'offre, notamment à l'issue d'expériences malencontreuses avec l'autorité ou en raison de sa gestion avec d'autres titulaires.

En tout état de cause, la détermination et l'évaluation des risques permettent aux autorités contractantes et aux opérateurs économiques d'établir leurs stratégies de couverture et de garantie des risques.

§III. L'appréhension de la couverture et de la garantie des risques

Provisions et risques. Dans le cadre des entretiens, les enquêtés ont été interrogés sur leur manière de couvrir ou de garantir les risques. Trois principaux axes ont été développés : les provisions pour risques, les assurances et les solutions opérationnelles de prévention du risque ou d'anticipation de sa gestion.

La provision pour risque consiste en la capitalisation d'un risque dont la valeur économique est intégrée au prix de l'offre finale déposée par l'opérateur économique. Le montant de cette provision dépend de l'identification et de l'évaluation des risques (voir *supra*) et doit permettre à un opérateur économique de préserver une partie de sa marge bénéficiaire sur le contrat en cause, malgré la survenance du risque⁵³⁶. L'estimation du montant repose alors à la fois sur une approche scientifique avec des modélisations mathématiques et probabilistes, et sur une approche subjective liée à l'expérience que l'opérateur économique a sur les projets analogues et avec l'acheteur ou l'autorité concédante à l'initiative du contrat⁵³⁷.

Cependant, 5 opérateurs économiques et 2 avocats avertissent sur les limites de la capitalisation du risque par des provisions. Dans un premier temps, une provision ne suffit pas,

⁵³⁶ Par exemple, en cas de prix forfaitaire pour des prestations intellectuelles, le prix pourra prévoir dans sa provision la possibilité d'un risque d'échanges excessifs (notamment en cas de trop nombreux allers-retours sur des livrables) réduisant la rentabilité de la prestation fournie par le titulaire. De même, la provision peut capitaliser le risque de déclenchement des pénalités de retard, d'autant plus lorsque le candidat est conscient que le délai d'exécution imposé par l'autorité contractante n'est pas réaliste. Dans le cadre des sondages en ligne, 4 opérateurs économiques ont confié déterminer la provision de manière objective : le montant de la provision est estimé sur la base du résultat de l'analyse des risques généralement en utilisant la méthode algorithmique Monte-Carlo. Pour autant, 2 autres opérateurs économiques admettent qu'une part subjective se constate dans la détermination de la valeur de la provision au regard de leur propre expérience et, surtout, de leur interprétation des clauses du contrat ayant des incidences sur la criticité des risques.

⁵³⁷ Un opérateur économique partage une autre technique de calcul de la provision. Son montant est déterminé au regard du prix que l'entreprise souhaite atteindre vis-à-vis des attentes du maître d'ouvrage, et non en fonction de l'évaluation des risques qu'emporte le projet lui-même.

en elle-même, à couvrir pleinement un risque, mais uniquement l'aspect financier résultant de la survenance du risque :

« La provision n'est pas, en elle-même, un objet de discussions juridiques puisqu'il s'agit d'une traduction comptable d'une situation de risque. La provision n'est qu'une photographie comptable de la prise en compte d'un risque, mais ne permettra pas de le gérer opérationnellement le moment venu. »⁵³⁸

Aussi est-il nécessaire de garder à l'esprit que les provisions ne sont que des couvertures (souvent partielle et non intégrales) financières des risques. Des solutions opérationnelles doivent accompagner ces provisions dans la stratégie de couverture et de gestion des risques établie pour chaque projet. Dans un second temps, la mise en concurrence affecte la couverture du risque par la provision puisque, au regard de la prépondérance du critère du prix dans l'analyse des offres et le choix de l'offre, si tous les risques devaient être pris en considération dans le prix, celui-ci serait bien trop élevé pour permettre au candidat de remporter l'appel d'offres⁵³⁹. Partant, un document explicatif pourrait être délivré par les candidats pour expliquer et justifier leurs provisions pour risques aux acheteurs et autorités concédantes, bien qu'en pratique ces derniers puissent rencontrer des difficultés dans la comparaison des offres lors de leur analyse.

Au-delà de la provision⁵⁴⁰ pour risque dans les prix de l'offre, la couverture du risque peut s'effectuer à travers des assurances ou des solutions opérationnelles ou des plans d'action qui permettent de prévenir la survenance d'un risque.

Assurances et risques. Les assurances peuvent être envisagées pour atténuer certains risques, notamment la perte d'exploitation pour les contrats de concession, ou certains risques de constructions (dont la garantie décennale) dans les marchés de travaux, sans oublier le risque de destruction de l'ouvrage relativement rare⁵⁴¹. Cependant, les assurances ne

⁵³⁸ Propos d'un opérateur économique interrogé.

⁵³⁹ Voir *infra*. Par ailleurs, dans les sondages, 4 opérateurs économiques ont souligné que le provisionnement du risque dans leur offre est limité par le caractère concurrentiel de la commande publique. Ils doivent donc arbitrer entre une provision suffisante et les chances d'obtention du marché.

⁵⁴⁰ Comme le précise un opérateur économique : *« La provision n'est pas, en elle-même, un objet de discussions juridiques puisqu'il s'agit d'une traduction comptable d'une situation de risque. Ce n'est pas un outil de gestion du risque. La provision n'est qu'une photographie comptable de la prise en compte d'un risque, mais ne permettra pas de le gérer opérationnellement le moment venu. »*

⁵⁴¹ Dans le cadre des sondages en ligne, 5 opérateurs économiques sur 14 ont indiqué recourir régulièrement à des assurances pour couvrir les risques de certains contrats. D'autres pratiques sont également privilégiées par d'autres opérateurs économiques : la constitution de garantie ou sûreté (pour 2 opérateurs économiques) et l'externalisation du risque auprès d'un prestataire ou d'un sous-traitant (pour 3 opérateurs économiques).

sauraient couvrir tous les risques tels que les risques pénaux. Du côté de l'autorité contractante, un avocat souligne qu'il faut être vigilant dans la vérification des assurances des candidats pour savoir si la police d'assurance rendue obligatoire (par la loi ou par les documents de consultation) est bien souscrite et que le risque est donc couvert. Ce conseil est confirmé par un de ses confrères qui regrette constater que souvent les polices d'assurance sont mal analysées et vérifiées⁵⁴².

Problématique récurrente : la déconnexion entre le droit de la commande publique et le droit des assurances. Avec la récente décision du Conseil d'État, *Grand port maritime de Marseille*⁵⁴³ et l'interdiction pour les assureurs de résilier unilatéralement avec effet immédiat une police d'assurance d'une personne publique, les difficultés pour les personnes publiques de s'assurer augmenteraient selon certains enquêtés. En effet, aujourd'hui, de nombreuses autorités contractantes témoignent rencontrer des difficultés pour s'assurer. Partant, elles augmentent leurs exigences en termes de niveau de garanties et de polices d'assurance auprès des candidats. Une autorité contractante confie :

*« Comme nous avons de plus en plus de mal à nous assurer certains risques sur certains lots, comme les risques de responsabilité civile ou les risques de dommages ouvrage, nous devons devenir notre propre assureur et prévoir des provisions ou bien nous demandons à nos cocontractants de nous assurer à titre additionnel via leurs polices d'assurance. »*⁵⁴⁴

Dans le même sens, une autre autorité contractante avoue que les rares offres reçues sont souvent inacceptables, notamment dans le cadre d'assurances obligatoires comme les assurances automobiles où les assurances réévaluent avec une forte hausse les prix des polices d'assurances sans justification particulière. Un autre enquêté précise que leurs appels d'offres en matière d'assurance sont infructueux depuis quelques mois en raison d'une absence totale de candidatures et d'offres.

⁵⁴² Cet avocat prend l'exemple de la construction d'une piscine municipale. À la suite de manquements de l'entrepreneur, la commune a souhaité engager un contentieux à son encontre. Seulement, elle n'a pas vu lors de l'analyse des offres que la police d'assurance du constructeur ne portait que sur les piscines privées et non sur les piscines publiques.

⁵⁴³ CE, 12 juill. 2023, *Grand port maritime de Marseille*, n° 469319.

⁵⁴⁴ Une autorité contractante indique rencontrer de plus en plus de difficultés pour que les titulaires assurent les personnes publiques, à l'inverse de celle dont les propos ont été rapportés ci-dessus. L'explication, selon elle, tiendrait dans le fait que les titulaires ne sont plus autant motivés pour servir la sphère publique, car les marges à réaliser diminueraient et que les risques augmenteraient.

Les raisons avancées par les interviewés sur les raisons qui justifieraient la frilosité des assurances à répondre aux appels d'offres des autorités contractantes, en particulier des collectivités territoriales, sont notamment l'étendue de leur patrimoine immobilier, l'augmentation des risques d'émeutes et des risques civils. Seulement, une autre raison plus profonde est soulevée par certaines autorités contractantes et quelques avocats : la confrontation du secteur des assurances avec le secteur public, du droit des assurances et du droit de la commande publique. En effet, le monde assurantiel repose sur des contrats d'adhésion, sans marge de négociation, tout comme les marchés publics. Selon une autorité contractante, les difficultés sont les suivantes :

« Déjà, un pouvoir adjudicateur doit connaître ses besoins, mais rédige des clauses prescriptibles qui correspondent peu au milieu assurantiel. Il n'y a pas de cohérence et l'absence de négociation préjudicie l'ensemble. L'interdiction de négociation est archaïque : il faudrait permettre pour tout contrat, mais surtout pour les contrats d'assurances où la réglementation est très spécifique, d'ouvrir à la négociation les clauses, même si cela nécessite de modifier les directives européennes. On a besoin de monter les contrats avec l'aide du secteur des assurances pour avoir des contrats mieux ficelés et adaptés à la réalité. »

Le manque de compatibilité des deux secteurs s'illustre, pour deux autorités contractantes, à travers la présence de plus en plus courante de réserves au cahier des charges émises par les assureurs et l'imposition de leurs propres conditions sans possibilité d'y déroger ou de faire prévaloir le droit de la commande publique. Ces témoignages ne peuvent que questionner la sécurité juridique de ces contrats face aux éventuelles ruptures de transparence et d'égalité de traitement des candidats. Un avocat souligne le besoin de légiférer sur cette question en trouvant un moyen de rapprocher les deux secteurs, d'autant que lorsque les collectivités cherchent à obtenir réparation par leurs assureurs, leurs demandes d'indemnisation restent souvent sans réponse ou le dossier prend des années à être traité au regard des nombreuses mesures d'expertises et de contre-expertises pour évaluer les responsabilités et les dommages. Un autre avocat confirme en rappelant que *« le principe d'un assureur est de ne pas indemniser »*.

Ceci n'est pas sans conséquence sur les projets de grande ampleur où interviennent des financements par des établissements bancaires du fait des risques inassurables. Au moment du *closing*, le banquier va vérifier si tous les risques sont couverts et par quels moyens afin de s'assurer que le risque (et donc son investissement) est maîtrisé d'une manière ou d'une autre.

Confirmation des problématiques assurantielles par les sondés⁵⁴⁵. Lors de l'enquête quantitative, 14 participants sur 27 (soit 51,2 % : 1 avocat et 13 autorités contractantes) admettent que les personnes publiques éprouvent des difficultés à s'assurer ces dernières années. Les raisons principalement avancées sont l'infructuosité des procédures de passation des marchés publics d'assurance (pour 3 autorités contractantes), le caractère peu concurrentiel du secteur (pour 2 autorités contractantes), le coût élevé des primes d'assurance (pour 1 autorité contractante), la faible couverture des risques (pour 1 autorité contractante) et une mauvaise connaissance de son patrimoine par la personne publique (pour 1 autorité contractante). C'est pourquoi 4 autorités contractantes expliquent choisir d'être leur propre assureur lorsque ceci est possible.

Une autre raison est également avancée par 1 avocat et 18 autorités contractantes sur 29 participants (65,5 %) : la faible compatibilité du droit de la commande publique et du secteur des assurances. Cette opinion majoritaire se fonde notamment sur la complexité du droit des assurances et un manque de connaissance des agents des autorités contractantes du secteur assurantiel. Une autorité contractante insiste d'ailleurs sur l'importance de recourir à un expert dans le cadre de la préparation des marchés d'assurance. Selon 3 autres autorités contractantes, cette complexité est accrue par les incompatibilités entre le droit des assurances et le droit de la commande publique puisque, dans leurs offres, les assureurs apportent de nombreuses « nuances », « réserves » ou « améliorations » aux CCTP et CCAP. Cette pratique, conforme au droit des assurances, mais dont la validité est discutée en droit de la commande publique, emporte des effets non négligeables lors de l'analyse des offres puisqu'il devient difficile d'apprécier les offres en garantissant l'égalité de traitement des soumissionnaires. Ainsi, deux d'entre eux recommandent de recourir plus facilement à la négociation, même si en pratique la négociation s'avère délicate en particulier à cause du rapport de force qu'ont les assureurs sur les autorités contractantes.

⁵⁴⁵ Seuls les avocats et les autorités contractantes ont pu répondre aux questions relatives aux problématiques assurantielles des personnes publiques.

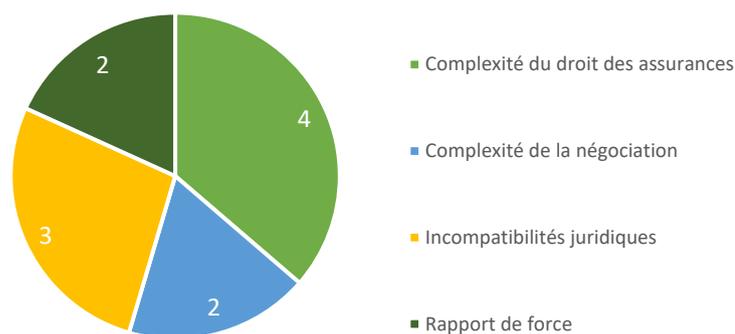


Figure 2.13 : Motifs d'incompatibilité entre le droit de la commande publique et le secteur assurantiel relevés par les sondés

Exigences accrues de garanties. Dès lors, les autorités contractantes exigent de plus en plus de garanties pour couvrir des risques, en particulier dans le cadre de concessions ou de marchés de grande ampleur. Toutefois, un concessionnaire observe que les collectivités territoriales estiment que les opérateurs économiques doivent prendre des risques qui ne sont plus en lien avec le service public à exploiter, notamment en demandant des garanties sur des taux de financement des biens de retour. Or, les taux de financement sont des taux de marchés qui sont déterminés en fin de travaux et qui ne sont pas en lien avec la gestion d'un service public : « *On nous demande de trop anticiper en prenant un risque sur un taux de financement, quatre à cinq ans avant qu'il n'entre en jeu, chose que même des établissements financiers n'oseraient faire* ». Au concessionnaire de conclure :

« Notre cœur de métier est la gestion d'un service public. Qui peut accepter des prises de risques sur des marchés financiers et sur des contraintes que personne ne mesure et qui sont, de plus, éloignées de notre savoir-faire ? Avec toutes ces garanties, on nous éloigne de notre cœur de métier. »

Au-delà de cette situation, certains interviewés constatent la place croissante accordée à la garantie et/ou à la valorisation de la prise de risque dans la notation des offres⁵⁴⁶. Les opérateurs économiques interrogés sont effectivement conscients qu'ils sont jugés sur le chiffrage d'un risque et sur une causalité dans un contexte non pas de partage, mais de transfert des risques vers le secteur privé. Or, tout risque pris en considération dans une offre implique

⁵⁴⁶ Une autorité contractante a expressément indiqué utiliser des sous-critères de sélection relatifs à la prise en considération des risques par le candidat.

l'augmentation d'un prix par la provision associée. Au regard de la mise en concurrence, les opérateurs économiques sont parfois contraints d'être moins prévenants sur les risques, car, comme le relèvent deux d'entre eux, s'ils souhaitent être compétitifs, ils ne peuvent « *prendre en compte un maximum de risques, mais doi[ven]t niveler vers le bas la qualité technique et donc prendre plus de risques, tout en les couvrant moins* ». Cette situation est d'autant plus dommageable que tant les établissements bancaires que les assureurs sont de plus en plus prudents dans leurs soutiens aux opérateurs économiques et exigent, eux aussi (en particulier les établissements bancaires), de nombreuses garanties pouvant se répercuter sur les fonds propres de l'entreprise et des actionnaires⁵⁴⁷.

Couverture du risque et solutions opérationnelles. Les risques peuvent être couverts autrement que par des assurances ou des provisions par des solutions opérationnelles telles que des plans d'action pour prévenir les risques avant leur survenance ou anticiper leur gestion lorsqu'ils surviendront afin de garantir la bonne exécution du contrat. Ainsi, des solutions opérationnelles peuvent être mises en œuvre afin de réduire la survenance d'un risque. En ce sens, une autorité contractante interviewée partage son expérience en matière de sécurisation de la donnée :

« On s'assure que toutes les informations de la procédure en interne ne puissent être approchées que par des personnes en droit de les manier. La direction en charge de l'informatique travaille avec le service juridique pour veiller à la sécurité et à l'accès limité des données protégées par le secret des procédures et la confidentialité. La limitation de leur accès est une solution qui fait ses preuves. »

Toujours dans les risques numériques, une autorité contractante confie avoir renforcé sa sécurité informatique en installant des systèmes d'antivirus plus efficaces, des systèmes de

⁵⁴⁷ Les propos d'un avocat sont éclairants sur ce point : « *Il y a une différence d'approche entre le titulaire et la banque. La banque ne veut pas prendre de risque et voudra exclure un risque à forte criticité même si c'est peu probable, comme le retrait des actes administratifs unilatéraux dans le délai de quatre mois. Les banques ne veulent pas entendre l'argument de l'occurrence, c'est la criticité qui compte. Elles refuseront que le titulaire prenne alors ce risque, car ceci entraînera des répercussions sur les capacités du titulaire à rembourser sa dette. Il y a donc souvent des négociations où les banques exercent une certaine influence, car le risque pris par le titulaire est assimilé à un risque qu'elles prennent elles-mêmes en charge. En cas de divergence entre le titulaire et la banque : l'entreprise va être confrontée à un risque actionnaire, c'est-à-dire que si le risque se produit, la garantie est les fonds injectés par les actionnaires. Pour accepter que le titulaire prenne un risque, il faut que ce risque puisse être répercuté sur quelqu'un : soit les actionnaires qui le garantissent, soit les sous-contractants (constructeurs ou exploitants) sachant que le risque de retrait ne peut leur être imputable. Le titulaire doit alors garantir aux banques le montant sur ses fonds propres.* »

sauvegarde et de *backup* si le système principal est attaqué et la prévention de l'hameçonnage par des campagnes d'information et des formations.

D'autres risques font l'objet d'une prévention auprès des autorités contractantes, en dehors du contrat : les risques pénaux. Une autorité contractante interrogée indique avoir grandement évolué en matière de prise en compte du risque pénal auprès de ses agents et de ses élus en mettant en place des procédures pour signaler aux élus qui ont des signatures pour qu'ils se comportent (notamment lorsqu'ils siègent en SPL titulaires de contrats de concessions). Des formations ont également été instituées avec des mises en situation et l'article 40 du Code de procédure pénale a pu être invoqué pour enclencher une procédure pénale, ainsi qu'une procédure disciplinaire. Depuis, les agents et les élus font preuve de plus de prudence, même s'il n'est pas possible, comme l'atteste l'une des autorités contractantes, de détecter dans tous les cas une atteinte à la probité malgré la mise à disposition d'outils informatiques performants pour cela. Les contrôles de l'Agence française anticorruption et les audits internes permettent également d'améliorer les dispositifs des autorités contractantes.

Une autre autorité contractante indique avoir mis en place une cartographie des risques pénaux sous le regard de l'Agence française anticorruption dans le cadre de l'article 17 de la Loi Sapin 2. En outre, cette autorité a mis en place un plan de contrôle pour vérifier que les produits livrés correspondent bien à ce qui a été commandé, car il est arrivé qu'un client ait commandé un produit non prévu dans le catalogue d'un titulaire d'un accord-cadre, en discutant directement avec ledit titulaire, engageant la responsabilité de l'autorité interrogée. Ces risques collatéraux sont désormais contrôlés, mais doivent alerter sur la couverture des risques collatéraux, notamment en matière pénale, de certaines autorités contractantes.

En revanche, les dispositifs de prévention des risques de corruption mis en place par l'Agence française anticorruption fonctionnent pour les contrats importants, mais, selon un avocat, certains risques ne sont pas couverts par ces mécanismes, notamment pour éviter la validation de phases de travaux par connivence, même si des systèmes permettent aujourd'hui d'attester des services faits.

En outre, cet avocat souligne l'effet de la décision de la Cour des comptes, *Centre hospitalier Sainte-Marie de Marie-Galante*⁵⁴⁸, qui reconnaît la responsabilité financière d'un attaché territorial non ordonnateur : « *On responsabilise chacun à son niveau pour que les*

⁵⁴⁸ Cour des comptes, 10 juillet 2023, n° 882.

agents ne signent pas des contrats en se disant qu'ils ne seront pas responsables au pénal ou financièrement. »

Dans le cadre du risque contentieux, des guides sont souvent mentionnés par les autorités contractantes pour limiter la survenance des risques. Ceux-ci peuvent, par exemple, apporter des réponses dans le respect des procédures de passation comme le fait de ne pas oublier de prendre un certain acte, ou de le prendre au bon moment.

Cependant, un avocat partage deux risques qui n'ont pas encore fait l'objet de couverture efficiente. Le premier concerne le suivi des actes de sous-traitance où il arrive que le sous-traitant local choisi doive exécuter 5 % du marché, mais il sera à la fin rémunéré pour une part représentant 10 % du contrat : l'avocat préconise un suivi informatique des marchés et des sous-traitances. Le second porte sur l'appréhension du risque au stade des bureaux d'études où de nombreux bureaux d'études continuent de travailler pour le secteur privé en même temps et peuvent donc transmettre des informations aux potentiels futurs candidats.

Enfin, selon trois avocats, une autorité contractante et deux opérateurs économiques, la meilleure couverture des risques demeure la présence de clauses de réexamen dans le contrat, de causes exonératoires ou légitimes, et l'instauration de moments d'échanges entre les parties durant l'exécution du marché ou de la concession. Le retour d'expérience est, à ce titre, fortement mobilisé pour accroître la qualité de l'ingénierie contractuelle puisque lorsqu'un risque survient, il sera anticipé les fois d'après, comme l'atteste, désormais, la présence de plus en plus systématique de clauses de variation des prix et de clauses dites « Covid » depuis la pandémie de 2020 et l'inflation économique de ces dernières années.

Synthèse. En définitive, si le risque est généralement provisionné dans les prix des offres des candidats, une limite intervient : la mise en concurrence qui contraint les opérateurs économiques à proposer des prix plus bas et donc à réduire la couverture des risques, augmentant alors la criticité des risques dont ils ont la charge. De leur côté, les autorités contractantes rencontrent de plus en plus souvent des difficultés à s'assurer en raison d'une incompatibilité entre le milieu des assurances et le droit de la commande publique. L'ouverture à la négociation lors de la passation de ces contrats pourrait être une solution selon certains interviewés. Enfin, d'autres solutions opérationnelles permettent de couvrir les risques comme des formations ou des guides, ainsi que des audits internes.

RÉSUMÉ D'ÉTAPE N° 1

Les enquêtes qualitative et quantitative permettent de constater que trois visions du risque se dessinent auprès des praticiens. La première, minoritaire, repose sur une approche pragmatique du risque qui se conçoit à travers ses diverses déclinaisons et typologies comme le risque éthique, le risque environnemental, le risque financier, le risque commercial ou encore le risque contentieux. La deuxième et la troisième conceptions se rejoignent, quant à elle, autour d'une définition générale et abstraite du risque qui se caractérise par un événement incertain prévisible. Là où les deux approches se distinguent, c'est sur l'appréhension du risque positif. L'une l'exclut de sa définition, ne concevant que le risque négatif soit explicitement soit implicitement dans les définitions apportées, l'autre l'intègre à l'image de la définition du risque formulée par Thomas Pez dans sa thèse et du Conseil d'État dans ses deux récents avis du 8 juin 2023 sur les concessions autoroutières. La présente recherche privilégie cette dernière. Le risque est alors un événement incertain, prévisible, positif ou négatif.

Quelle que soit la conception retenue, les enquêtés ont ensuite reconnu le rôle fondamental du risque dans la structure du droit de la commande publique au regard de la division classique marché public – concession. Seulement, certains d'entre eux relativisent la portée du risque dans cette classification en raison d'un rapprochement de certains marchés publics (les marchés de partenariat et les marchés globaux) vers les concessions quant aux risques transférés en pratique aux titulaires, même si pour d'autre demeure entre les deux catégories une différence importante qui tient à la gestion même du risque au regard de la durée d'exécution des contrats et des différences d'implication des autorités contractantes dans l'exploitation d'un service ou d'un ouvrage.

Si majoritairement les enquêtés considèrent ne pas rencontrer plus de risques ces dernières années, que ce soit en termes d'occurrence ou de typologie, une minorité rapporte que les contrats seraient de plus en plus exposés à certains risques en particulier économiques, environnementaux, politiques et éthiques. L'apparition régulière de nouvelles obligations en matière environnementale ou éthique, l'augmentation des contestations de projet par des politiques ou par des citoyens ainsi que la pression des opérateurs économiques à devoir proposer des offres à un prix bas pour accroître leur chance de remporter un marché (le critère du prix étant souvent prépondérant) expliqueraient cette situation.

S'agissant de l'identification des risques, celle-ci s'effectue principalement par le retour d'expérience et la coopération des services, tant pour les opérateurs économiques que pour les autorités contractantes. Il ressort également une attente d'une meilleure définition des besoins et d'un recours plus régulier au *sourcing* afin d'accroître la qualité de l'identification et de l'évaluation des risques. En outre, établir une cartographie exhaustive des risques dans les contrats de la commande publique est une entreprise délicate tant ceci est dépendant de l'objet du contrat et de la forme de celui-ci.

Quant à l'évaluation des risques, elle repose principalement sur des éléments objectifs qui sont appréhendés au regard de l'expérience des opérateurs économiques et de la coopération avec leurs services ou des tiers comme les établissements bancaires. Parfois, une part de subjectivité peut intervenir dans l'étude de la criticité des risques et de la capitalisation de ceux-ci dans le prix de l'offre, notamment à l'issue d'expériences malencontreuses avec l'autorité contractante ou en raison de sa gestion avec d'autres titulaires.

En tout état de cause, la détermination et l'évaluation des risques permettent aux autorités contractantes et aux opérateurs économiques d'établir leurs stratégies de couverture et de garantie des risques.

En effet, si le risque est généralement provisionné dans les prix des offres des candidats, une limite intervient : la mise en concurrence qui contraint les opérateurs économiques à proposer des prix plus bas et donc à réduire la

couverture des risques, augmentant alors la criticité des risques dont ils ont la charge. De leur côté, les autorités contractantes rencontrent de plus en plus souvent des difficultés à s'assurer en raison d'une certaine incompatibilité entre le milieu des assurances et le droit de la commande publique. L'ouverture à la négociation lors de la passation de ces contrats pourrait être une solution selon certains interviewés. Enfin, d'autres solutions opérationnelles permettent de couvrir les risques comme des formations ou des guides, ainsi que des audits internes.

Section 2 : La mise en œuvre de la répartition et du traitement des risques dans les marchés et les contrats de concession

Objectif des enquêtes. Après avoir dressé un état des lieux de la pratique de l'identification, de l'évaluation et de la couverture des risques, les participants aux enquêtes qualitative et quantitative ont été interrogés sur la mise en œuvre de la répartition (§I.) et du traitement (§II.) des risques dans les marchés et les contrats de concession.

§I. Le contrat comme socle de la répartition des risques

Résultats des enquêtes. Il ressort des études de terrain que la répartition des risques oscille entre un partage équilibré et un transfert protecteur de l'autorité contractante (A.). De plus, cette répartition, qui est difficilement discutée ou négociée au regard de l'encadrement normatif actuel (C.), est principalement prévue à travers des clauses contractuelles, les matrices n'étant que rarement annexées aux contrats (B.).

A. Entre « partage équilibré » et « transfert » des risques

Partage ou transfert des risques. La répartition des risques obéit systématiquement à la même méthode. Selon un opérateur économique, la pratique distingue simplement trois catégories de risques : le risque 1 (à la charge du titulaire)⁵⁴⁹, le risque 2 (supporté par l'acheteur ou l'autorité concédante) et le risque 3 (partagé par les deux parties et

⁵⁴⁹ Un point d'attention doit être porté sur le risque administratif pour la délivrance des autorisations administratives dans le cadre de la réalisation du projet porté par le contrat. Parmi les enquêtés, 5 ont indiqué que ces risques sont, certes, à la charge du cocontractant, mais que des clauses prévoient le soutien et l'appui de l'acheteur dans l'obtention desdites autorisations. Le risque n'est pas en lui-même partagé, mais les deux parties sont conscientes que la réalisation du projet en dépend et nécessite une coopération.

qui fait souvent l'objet de réclamations en cours d'exécution contractuelle ou à la fin du contrat). Tout l'enjeu de l'exercice est de déterminer une répartition équilibrée de ces différents risques. Il ne s'agit pas forcément d'avoir autant de risques 1 que de risque 2 et 3, non plus une disproportion manifeste de répartition entre chacun d'eux, mais de déterminer au regard de chaque projet les risques alloués à chaque partie. Pour un opérateur économique interviewé, la répartition des risques « *se joue au moment de la conclusion du contrat* », car une fois le contrat signé, il n'est plus possible de la rediscuter, non plus de la renégocier, sa logique devenant alors l'optimisation de la rentabilité du contrat.

Appréciation des interviewés. Deux principales politiques ressortent des entretiens quant à la stratégie d'allocation des risques : celle d'une recherche d'équilibre des risques et celle d'un transfert des risques le plus sécurisant pour l'autorité contractante.

Le principe général qui guide la répartition des risques, selon 13 participants à l'enquête qualitative, consiste à faire supporter le risque à la partie la plus à même de le prendre en compte et de le gérer :

« Le principe fondamental est simple : c'est à celui qui gère l'objet affecté par le risque et qui est le plus à même de gérer ce risque qui en a la charge, car il aura la capacité d'apporter les solutions adéquates à la résolution des difficultés rencontrées. Autrement dit, c'est à celui qui a les leviers d'actions pour remédier au risque d'en avoir la responsabilité. »⁵⁵⁰

Dans un autre entretien, une autorité contractante souligne d'ailleurs que pour chaque contrat ses services déterminent ce qu'elle peut ou non suivre et assumer comme risque en termes de criticité, d'une part, et de continuité du service public, d'autre part. Par exemple, un opérateur économique relève qu'il n'est pas pertinent que le risque de l'augmentation du prix de l'essence soit à la charge d'une autorité contractante (à l'exception de contrats dont l'objet est le transport) puisque le titulaire pourrait mettre en œuvre des solutions pour réduire les effets d'une telle hausse des prix (notamment avec le covoiturage, ou l'optimisation des chargements et des déplacements). Dans le même sens, l'augmentation du SMIC doit être vue comme un risque lié à la masse salariale de l'opérateur économique qui ne saurait être pris en charge par l'acheteur. Ensuite, un concessionnaire explique qu'en général, dans ses contrats, l'ensemble des risques opérationnels attachés au service public lui sont transférés. Le partage de risque s'effectue surtout sur « *les risques exogènes non prévisibles de près ou de loin lors de*

⁵⁵⁰ Retranscription des propos d'un opérateur économique interviewé.

l'attribution », comme les changements de normes en cours d'exécution du contrat. Des franchises sont alors prévues (et calculées sur la rentabilité prévisionnelle du contrat ou le chiffre d'affaires annuel) pour pouvoir enclencher des clauses de réexamen.

Pour autant, deux opérateurs économiques interrogés lors de l'enquête qualitative alertent sur les difficultés, pour eux, de faire comprendre aux autorités contractantes qu'ils ne devraient pas à devoir assumer le risque de paiement des biens de retour (dès lors que les travaux ont bien été effectués)⁵⁵¹ et certains risques financiers⁵⁵².

Pour 6 autres interviewés, la répartition des risques s'assimile surtout à un transfert des risques où l'acheteur ou l'autorité contractante maximise sa sécurité financière et assume le moins de risques possible. La préférence pour le transfert de risque se comprendrait, selon une autorité contractante interrogée, au regard des moyens financiers des personnes publiques et des engagements de l'État, notamment en termes de subventions. Or, si l'autorité contractante ne veut pas prendre certains risques et les transfère sur l'opérateur économique, des répercussions sur le prix du marché ou le partage de la rémunération dans le cadre des concessions vont se manifester. Tout semble laisser croire, selon un enquêté, que :

« Les contrats de long terme ont été bâtis dans l'idée que la vie était un long fleuve tranquille et qu'en cas de risque, la théorie de l'imprévision se suffirait à elle seule. La réalité montre les limites d'une telle approche. Aujourd'hui, nous sommes dans un monde volatile et difficile pour tout le monde, public comme privé, avec une inflation importante. Les entreprises acceptent souvent les clauses d'adhésion non négociables malgré le contexte économique et la durée du contrat, car elle a tout de même besoin d'un portefeuille contractuel, de clients. Seulement, il faudrait comprendre que les contrats déséquilibrés finissent tôt ou tard par se payer un jour : soit par des prestations de moins bonnes qualités, soit par une augmentation

⁵⁵¹ Pour les travaux de premier établissement, s'il y a une cessation anticipée (quel que soit le motif), les enquêtés souhaiteraient une indemnisation intégrale prenant en compte les frais financiers rattachés au financement des biens de retour, notamment les commissions bancaires et les taux d'intérêt (sachant que l'amortissement prévu en cours d'exécution comprend ces éléments).

⁵⁵² Les risques financiers s'éloigneraient de la mission de gestion d'un service public, selon des concessionnaires. Les opérateurs économiques doivent accepter des clauses de révision des prix avec des parties figées importantes (pouvant représenter 30 % de la formule) et avec un plafonnement (souvent de 2 %). Ces formules ne sont pas à l'image de la vie économique et de l'inflation, surtout pour des contrats de longues durées d'exécution : « *Figier des prix n'est pas rationnel : pourquoi est-ce au concessionnaire d'assumer un tel risque ? Que dire aux salariés et aux sous-traitants lorsque les révisions des prix sont aussi figées et plafonnées ? Certes, plafonner sécurise la collectivité, mais les effets sur la concurrence ne doivent pas être ignorés : les plus petites entreprises ne pourront pas se positionner par manque de sécurité financière. De tels risques devraient être partagés par les deux parties.* »

des prix, soit par un accroissement du désintérêt des opérateurs économiques vis-à-vis de la commande publique. »

Cette opinion est également suivie par un avocat du panel d'enquête : les autorités contractantes ne peuvent transférer tous les risques aux opérateurs économiques (sauf à vouloir augmenter les coûts de leurs commandes puisque les risques vont être provisionnés dans les prix) et ces derniers doivent également éviter de renégocier les clauses contractuelles dès qu'un risque survient (d'autant plus lorsque le contrat est équilibré). Il insiste, enfin, sur le fait qu'un contrat déséquilibré est inapplicable.

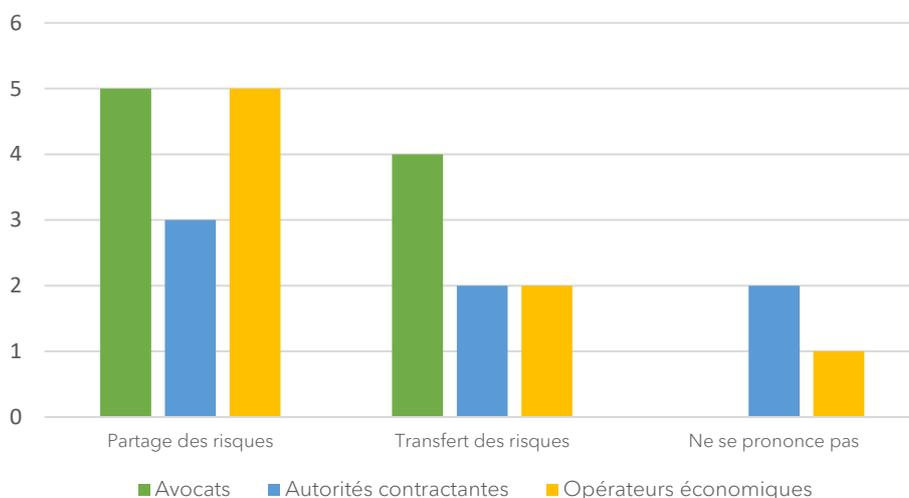


Figure 2.14 : Approche de la répartition des risques selon les interviewés

Enfin, un interviewé insiste sur la corrélation entre le degré de transfert des risques et la liberté d'action du titulaire :

« Plus vous assurez un transfert de risque sur un débiteur, plus vous lui laissez le choix d'utiliser des moyens qu'il juge nécessaires pour assumer sa responsabilité. Un donneur d'ordre public ne doit pas s'immiscer dans la conception et la réalisation en contrôlant ou en imposant sa méthode aux titulaires. Le fait pour un opérateur économique d'assumer la responsabilité du projet doit le mettre « à l'abri de l'intervention » du donneur d'ordre pour reprendre l'expression de la Cour de cassation. D'ailleurs, dans les contrats de délégation de service public, comme il y a un transfert de la maîtrise d'ouvrage, la personne publique sait ne pas se comporter en tant que maître d'ouvrage. Le risque d'immixtion est

considérablement réduit. Ce qui n'est pas le cas pour les marchés globaux, en particulier de conception-réalisation. Ce problème n'est toutefois pas propre à la France, mais il est international : les contrats globaux deviennent une norme dans de nombreux pays. »

Appréciation des sondés. À la suite des entretiens, l'enquête quantitative demandait aux enquêtés leur appréhension de la répartition du risque dans les marchés publics et les contrats de concession à titre personnel, d'une part, et dans leur pratique au sein de leur structure, d'autre part. Cette distinction a été opérée pour comprendre si les pratiques d'un organisme public ou privé sont en cohésion avec l'approche de leur personnel, étant donné que des paramètres spécifiques peuvent influencer le choix d'une structure de procéder à une répartition des risques par transfert ou par partage (doctrine interne, négociation impossible ou réduite, etc.). Globalement, la tendance est à une similarité entre l'appréciation personnelle et la pratique des organismes.

Effectivement, 81,1 % des sondés⁵⁵³ conçoivent, à titre personnel, la répartition des risques comme un partage des risques entre les parties, contre 15,1 %⁵⁵⁴ qui l'appréhendent comme un transfert de risques vers le secteur privé. Pour une autorité contractante et 3 opérateurs économiques, le risque est inhérent à l'entrepreneuriat. La répartition des risques doit alors, selon eux, non pas se résumer en un transfert de risques d'une partie vers l'autre, mais comme un partage de responsabilité en proportion de leur intervention, de leur participation au projet et de leurs obligations respectives. Un opérateur économique explique, à ce propos, que : *« des risques intrinsèques à l'achat (par exemple la définition des besoins, l'acceptabilité d'un projet, etc.) doivent être de la responsabilité de l'acheteur ; les risques propres à l'exécution du titulaire ; les risques hybrides de l'ensemble des parties avec des mécanismes de seuils ou de franchises »*. Cette recherche d'équilibre dans des contrats souvent déséquilibrés se constate dans presque l'intégralité des commentaires apportés par 15 enquêtés sur cette question.

En pratique, la répartition des risques dans les marchés publics et les contrats de concession est perçue comme équilibrée avec un contrat prévoyant un partage des risques entre les parties en faisant reposer le risque sur la partie la plus à même de le supporter (63,4 %)⁵⁵⁵. Une répartition par transfert des risques vers le secteur privé demeure tout de même courante

⁵⁵³ À savoir, 43 répondants sur 53 : 4 avocats, 21 autorités contractantes et 18 opérateurs économiques.

⁵⁵⁴ À savoir, 8 répondants sur 53 : 5 autorités contractantes et 3 opérateurs économiques.

⁵⁵⁵ À savoir, 26 répondants sur 41 : 3 avocats, 15 autorités contractantes et 8 opérateurs économiques.

en pratique (selon 29,2 %) ⁵⁵⁶. Un écart de près de 15 points s'observe dans ces résultats vis-à-vis de la conception personnelle de la répartition des risques. Pour autant, la tendance majoritaire demeure le partage des risques. Cet écart peut se comprendre par le nombre de répondants entre les deux questions qui connaît un écart de 12 personnes (53 pour la question sur la conception personnelle, 41 pour celle de la pratique de la structure). Pour autant, si les réponses sont assez proches du côté des avocats et des autorités contractantes, un écart important s'observe auprès des opérateurs économiques (3 conçoivent la répartition comme un transfert des risques, 7 confient que cette solution est courante en pratique). Ceci n'est pas surprenant au regard des données récoltées tant lors des entretiens que dans les sondages puisque le déséquilibre des contrats de la commande publique est principalement critiqué par le secteur privé en raison des effets d'un tel risque sur ses intérêts économiques. Dès lors, les deux mondes ne semblent pas appréhender de la même manière la répartition des risques en n'appréhendant pas communément les notions de partage et de transfert des risques. Là où une autorité contractante pourra considérer avoir fourni des efforts dans l'équilibre des risques, un opérateur économique pourra estimer l'inverse à la lecture des clauses du contrat et des études préalables.

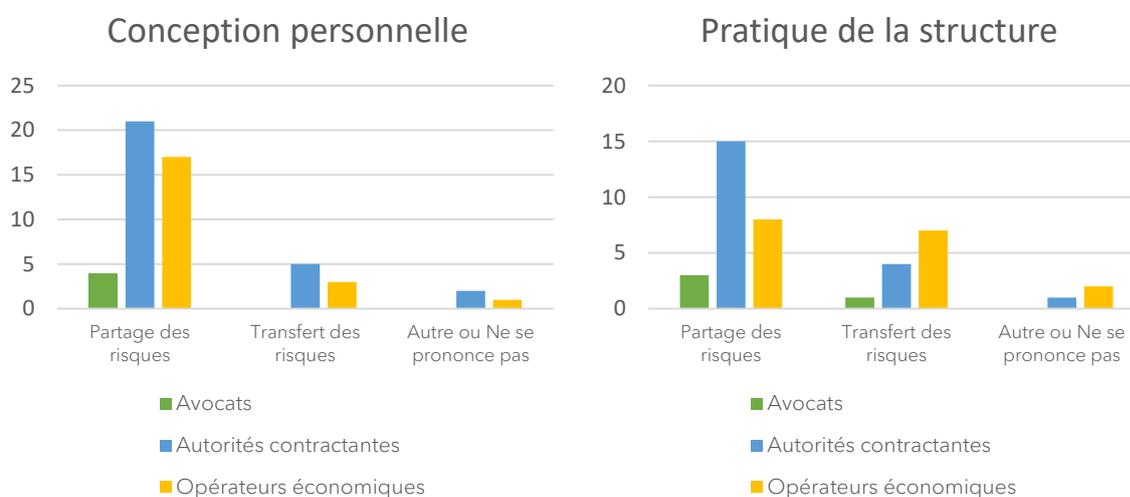


Figure 2.15 : Approches de la répartition des risques selon les sondés

Quoiqu'il en soit, la répartition du risque par partage ou transfert influence fortement la stratégie contractuelle des autorités contractantes (choix du contrat, choix de la procédure, choix des clauses, préférence du prix forfaitaire au prix unitaire, insertion de pénalités, dérogation aux

⁵⁵⁶ À savoir, 12 répondants sur 41 : 1 avocat, 4 autorités contractantes et 7 opérateurs économiques.

CCAG, etc.) et des opérateurs économiques (positionnement sur un appel d'offres, contenu de l'offre soumise, couverture des risques, externalisation du risque par la sous-traitance, etc.)⁵⁵⁷.

Choix des contrats. La répartition des risques est un élément fondamental en matière de gestion de service ou d'ouvrage où les personnes publiques peuvent opter pour la gestion en régie directe ou pour la délégation de la gestion à un tiers sous une forme de concession ou de régie intéressée. Le choix de déléguer ou non l'exploitation d'un service ou d'un ouvrage varie selon les interviewés. Pour un des participants, le premier élément justifiant ce choix est le critère des ressources humaines. En effet, l'aspect ressources humaines est important en raison des éventuels mouvements sociaux, des obligations de reprise du personnel ou encore des changements statutaires :

« Le critère des ressources humaines est fondamental, car on a des fonctionnaires et si on les met demain dans une entreprise, leur statut change. Il faut aussi justifier de l'entité juridique autonome pour la reprise de personnel et comme on a des découpages territoriaux, nous devons suivre ce découpage. Cette question de découpage et de reprise de personnel est fondamentale, car la principale crainte est que l'entreprise refuse de reprendre le personnel propre au secteur géographique. En plus, il pourrait y avoir un risque social pour du personnel qui ne serait pas satisfait de la reprise en raison des droits acquis. »

La question financière n'arrive, pour lui, qu'en deuxième ligne et l'aspect technique en troisième. D'autres éléments sont pris en considération pour arbitrer ce choix. Un avocat retient notamment :

- **L'idéologie d'une collectivité** : politiquement, la collectivité refuse de transférer la gestion d'un service public au secteur privé ;
- **La masse salariale** : pour éviter de rigidifier le budget, la collectivité ne souhaite pas augmenter le nombre d'emplois publics ;
- **Les compétences techniques et les connaissances technologiques** : la collectivité peut ne pas avoir le savoir-faire ;
- **La maîtrise contractuelle** : pour les contrats de concession, la collectivité doit parvenir à équilibrer entre la durée de la concession et l'obligation de remise en concurrence périodique. La question d'associer l'exploitant lors de la conception

⁵⁵⁷ Dans l'enquête quantitative, 93,8 % des participants (soit 46 sur 49) constatent cette influence.

d'un ouvrage pour les grands choix entraînant des répercussions sur la gestion future se pose également ;

- **La compétence du secteur privé** : la collectivité doit pouvoir être sûre de trouver un exploitant compétent, pouvant respecter les délais et apporter des équipements de qualité (et assurer leur entretien), ou que ses propres services peuvent également y parvenir ;
- **L'aspect financier** : *« La vraie difficulté est de faire comprendre à un élu que la concession ne fait pas gagner d'argent à la collectivité. Le partenaire n'est pas un financeur. Il y aura nécessairement un surcoût, car le partenaire doit se financer et la question est alors de savoir si le gain de délai [(durée de l'exécution du contrat de concession)] absorbe le surcoût. »*

Par ailleurs, la répartition des risques intervient dans la réflexion sur le recours ou non à un marché global de conception-réalisation. Un enquêté précise que ce choix est motivé principalement par les qualifications et les compétences techniques des services de l'acheteur et leur capacité à gérer les problèmes d'interface, ce que confirme un avocat : *« Les acheteurs n'ont pas l'habitude des marchés globaux de conception-réalisation et pensent qu'ils n'arriveront pas à gérer le contrat par manque d'expérience et d'outils, transférer les risques au titulaire est donc une solution plus simple à mettre en œuvre »*. Pour autant, un enquêté alerte sur le recours au marché global quant à la part d'intervention de l'acheteur dans le projet :

« L'administration utilise cet outil sans se déposséder des outils de contrôle qu'elle possède, sans prendre le temps pour exprimer clairement son besoin, sans utiliser à bon escient la phase de mise au point du marché. Or, cette phase est importante pour lever les hiatus, pour éviter que l'entreprise ne fasse un pari en transformant un risque en opportunité de bouleversement de l'économie du contrat, le maître d'ouvrage doit faire une véritable revue du contrat et être conscient que plus les risques seront transférés, plus il devra prendre de la distance dans son contrôle. »

Cette position est assez discutable puisqu'elle peut mener à une confusion entre marché et concession, d'autant que le Code de la commande publique prévoit le pouvoir de contrôle des acheteurs et que, dans ses rapports, la Cour des comptes a pu régulièrement rappeler l'utilité de ces contrôles. Le rôle de l'acheteur est différent d'une autorité concédante puisqu'il conserve

la maîtrise du projet, là où l'autorité concédante ne se réserve, par principe, qu'un droit de regard⁵⁵⁸.

Répartition équilibrée des risques. Par ailleurs, lors des entretiens et des sondages⁵⁵⁹, les enquêtés ont été amenés à déterminer ce qui, selon eux, participait à une répartition des risques équilibrée.

À l'exception d'un avocat, les enquêtés n'associent pas l'équilibre de la répartition des risques à une division 50/50 des risques. Une répartition des risques peut être considérée comme équilibrée, selon eux, lors que les risques sont mis à la charge de la partie qui est la plus à même de les supporter, certains, considérés comme hybrides, étant alors à la charge des deux parties en fonction de seuils ou franchises déterminés dans le contrat. Pour cela, 3 autorités contractantes insistent sur le fait que la répartition équilibrée des risques doit être prise en compte dès la préparation de la passation d'un contrat, notamment avec « *une bonne définition des besoins et une bonne connaissance du secteur objet du marché* », et une transparence par un partage exhaustif des informations avec les opérateurs économiques lors de la consultation⁵⁶⁰. En effet, comme le relève l'une d'elles :

« Un partage des risques équilibré est une détermination objective des risques réels (même s'il y a peu de probabilités qu'ils surviennent) en amont, dès la préparation de la passation du contrat, avec une information aussi transparente que possible des soumissionnaires, et des conditions contractuelles qui permettent la pérennité des opérateurs économiques sans pour autant mettre en danger le projet et l'objectif de l'autorité contractante. »

Une autre autorité contractante tient tout de même à rappeler qu'il ne faut pas minimiser les risques pesant sur les acheteurs et les autorités concédantes puisque les risques liés à la passation (dont ils ont la maîtrise intégrale) sont à leur charge. De son côté, le titulaire a la mission d'exécuter le contrat, justifiant une prise de risque plus importante pour lui. Lorsqu'il s'agit d'appréhender l'équilibre des risques, les juristes de tout camp doivent garder ceci à l'esprit.

⁵⁵⁸ Voir *supra*, Section 1.

⁵⁵⁹ Il convient de préciser, à ce stade, que la question posée aux sondés était une question ouverte facultative : 24 personnes y ont répondu (3 avocats, 11 autorités contractantes et 10 opérateurs économiques). Dans l'ensemble, les propos rejoignent ceux des interviewés.

⁵⁶⁰ La bonne connaissance du secteur d'activité est partagée par 3 opérateurs économiques, dans les entretiens et les sondages.

Pour 2 autorités contractantes et 3 opérateurs économiques, il faut que les parties soient en mesure de déterminer clairement les risques qui sont à leur charge et ceux à la charge du cocontractant public ou privé⁵⁶¹. Pour autant, il ne faut pas oublier qu'une répartition équilibrée des risques est une opération complexe surtout dans le cadre d'un contrat de concession, car, comme l'atteste l'une de ces autorités contractantes, l'objectif est de déléguer un maximum de risques au concessionnaire et qu'il les assume, tant que l'équilibre financier est assuré.

Pour un opérateur économique, un bon équilibre dans la répartition des risques ne dépend pas uniquement des documents contractuels ou d'une matrice, mais de la réflexion globale sur le projet menée par l'autorité contractante et son ingénierie contractuelle :⁵⁶²

« Une bonne répartition, ce n'est pas un document contractuel ou une matrice. Des contrats sans matrice se passent très bien, dès lors qu'on réfléchit réellement à ce partage. Par exemple, le choix du prix forfaitaire ou du prix unitaire, ou les deux, à des implications directes sur l'équilibre des risques. Le forfait augmente effectivement le risque. De même le nombre de jours d'intempéries prévisibles doit découler d'une véritable analyse des risques. Ce n'est qu'un chiffre, mais il va avoir une grande répercussion sur le risque que porte l'entreprise. D'où l'importance de prévoir des franchises dans les clauses de responsabilité. Il faudrait accompagner les documents de consultation d'un document, non contractualisé, d'analyse des risques avec une justification de chaque clause pour connaître les raisons ayant motivé les choix de clauses par l'autorité contractante. »

D'ailleurs, un avocat confie que l'équilibre de la répartition des risques peut également venir des pratiques d'une autorité contractante avec ses partenaires privés, en particulier lorsqu'elle prévoit couramment dans ses contrats des espaces de discussion entre les parties en cours d'exécution pour, éventuellement, redistribuer les risques.

En outre, un opérateur économique insiste sur le fait que, suivant les deux avis du 8 juin 2023 du Conseil d'État, les autorités contractantes doivent comprendre l'importance de laisser

⁵⁶¹ Un avocat suit cette position en précisant que la prise de risque de chaque partie doit être acceptée de manière consciente et éclairée.

⁵⁶² Cette expérience est partagée par un autre opérateur économique qui considère que le prix global forfaitaire « protège énormément le client, en lui offrant un forfait all-inclusive ». La provision pour risque est alors plus importante, car les maîtres d'ouvrage refusent, généralement, de dépenser le moindre centime supplémentaire en exécution. Pour cet interviewé, le prix forfaitaire global est alors un catalyseur des risques au regard de la qualité de la définition des besoins (qui doit être précise et complète) et des données communiquées aux candidats : « C'est pour cela qu'en droit privé nous parlons de plan arrêté et convenu, car si le plan n'a pas été correctement arrêté, le prix forfaitaire peut être modifié ».

le bénéfice d'un risque ou d'un aléa favorable à l'opérateur économique lorsqu'il survient (notamment dans le cadre d'une concession) :

« Il n'est pas viable de ne laisser à la charge d'un cocontractant que les seuls risques ou aléas défavorables, car en neutralisant les risques ou aléas favorables (ou positifs), l'autorité contractante finira par augmenter ses dépenses dans les contrats ultérieurs puisque les opérateurs économiques augmenteront leurs prix et tarifs pour anticiper la survenance du risque de neutralisation d'un évènement bénéfique pour eux. »

Informations sur l'existant et les sols. Cependant, certains enquêtés ont attiré l'attention sur un cas particulier qui n'est pas sans conséquence sur l'équilibre des risques dans les contrats de travaux publics, de construction, de rénovation ou de réhabilitation : la présence de clauses exonérant ou limitant la responsabilité de l'autorité contractante quant aux données transmises aux candidats sur l'état de l'existant ou l'état géologique et géotechniques du terrain. Certes, un opérateur économique reconnaît qu'il est naturel et légitime pour un acheteur de le considérer comme un sachant au regard de l'expérience des entreprises du secteur qui ne peuvent être naïfs, non plus ignorants de la réalité du terrain. Seulement, il confie accepter d'être un sachant, mais qu'il ne peut en aucun cas deviner des oublis dans les documents de consultation. De même, il regrette que des modifications des parties d'ouvrages (la quantité) puissent engendrer des risques à la charge du cocontractant alors même que la modification des travaux aura des effets sur le calendrier d'exécution dont il n'est pas à l'origine et qui pourront l'exposer à des pénalités de retard.

Compétences des agents. Par ailleurs, un opérateur économique relève des défaillances dans les services des autorités contractantes. Il ressent *« une incapacité des personnes publique à se mettre à la place des cocontractants »* pouvant s'expliquer au regard des différences de rationalité et de culture entre le secteur public et le secteur privé. Des formations avec mise en pratique seraient bienvenues pour les acheteurs, selon lui, afin qu'ils prennent conscience de la difficulté de chiffrer des risques dans le cadre de la remise d'une offre et qu'un contrat déséquilibré où tout le risque est alloué au titulaire n'est pas acceptable pour une entreprise, d'autant que les autorités contractantes ne parviennent pas à chiffrer le coût de leurs clauses contractuelles. De leur côté, le secteur privé devrait faire preuve de plus de pédagogie et de transparence en étant plus explicite dans le chiffrage des risques pour que les

parties aient un échange constructif et contractent en connaissance de cause, sans « *angles morts* ».

Difficultés relayées par les sondés. Dans le cadre de l'enquête quantitative, 30 participants sur 39 (soit 76,9 %) ⁵⁶³ admettent rencontrer des difficultés dans le cadre de répartition des risques, notamment pour parvenir à un équilibre pour les deux parties.

Du côté des autorités contractantes, les témoignages soulignent les difficultés suivantes pouvant soit les alléger de certaines responsabilités, soit les contraindre à en supporter plus :

- **Les difficultés budgétaires :** le contexte économique et financier ne serait pas favorable aux autorités contractantes qui chercheraient donc à transférer de nombreux risques aux entreprises. Si une telle stratégie augmente le prix du contrat, par les provisions qui y sont insérées, la survenance d'un risque qui demeurerait la responsabilité d'une autorité contractante pourrait s'avérer plus compliquée à gérer financièrement et politiquement ;
- **Les difficultés liées à la concurrence :** dans certains secteurs, des autorités contractantes confient que l'absence de véritable concurrence favorise les opérateurs économiques et contraint certains acheteurs à augmenter leurs risques ;
- **Les difficultés liées aux procédures de passation :** le traitement de la répartition des risques, selon une autorité contractante, est complexe dans le cadre d'une mise en concurrence. Elle peut supposer une négociation et une modification du modèle économique, technique et juridique pouvant aboutir à des variantes sur le cahier des charges. Ceci affecte éventuellement l'égalité de traitement des candidats lors de la comparaison des offres, sauf à recourir peut-être à un dialogue compétitif.

De leur côté, des opérateurs économiques regrettent que certains risques ne soient portés par aucune partie, ou plutôt qu'aucune d'elles ne souhaite les supporter, notamment les risques politiques. D'autres observent que le déséquilibre dans la répartition des risques est souvent le résultat de nombreuses dérogations aux CCAG : il suffirait pour eux de s'en tenir aux CCAG pour accroître l'équilibre de la répartition des risques dans les marchés publics. En outre, alors qu'une autorité contractante soulignait les difficultés à négocier la répartition des risques pour éviter l'annulation de la procédure au nom de l'égalité des candidats, 2 opérateurs économiques dénoncent une absence de véritable négociation même lorsqu'elle est annoncée dans les

⁵⁶³ À savoir, 1 avocat, 13 autorités contractantes et 16 opérateurs économiques.

documents de consultation soit parce que l'autorité contractante ne souhaitera pas finalement négocier, soit parce qu'elle avertira que la modification de certaines clauses ne sera pas acceptée, ces clauses intéressant généralement la répartition des risques entre les parties.

En somme, ces difficultés rencontrées par les autorités contractantes et les opérateurs économiques illustrent les tensions que connaissent les deux mondes en présence où chacun cherche à optimiser et préserver ses intérêts avec plus ou moins de compréhension de ceux de l'autre.

Synthèse. Finalement, la répartition des risques alterne entre une pratique d'une recherche d'un partage équilibré des risques (consistant à mettre le risque à la charge de la partie la plus à même de le supporter) et une pratique du transfert d'un maximum de risques vers le cocontractant (augmentant alors les prix des offres en raison de l'augmentation de la provision pour risque). Majoritairement, les enquêtés (tant avocats, qu'autorités contractantes et qu'opérateurs économiques) prônent la recherche d'un partage des risques équilibré, et le pratiquent. Ceux-ci considèrent comme étant équilibrée la répartition des risques qui répond au principe d'une allocation du risque raisonnée et raisonnable au regard des parties et du contrat (et d'accepter à la fois les risques positifs et les risques négatifs), ainsi que le fait pour chaque partie de prendre chacun leurs risques de manière consciente et éclairée. En revanche, les participants aux entretiens pointent deux difficultés majeures qu'ils rencontrent dans leur pratique : les clauses d'exonération de responsabilité des acheteurs quant aux informations données sur l'existant et les sols et sous-sols, ainsi que la compétence des agents des services des autorités contractantes qui nécessiteraient de suivre des formations pour mieux comprendre l'appréhension des risques par le secteur privé.

B. Le désintérêt de la pratique pour les matrices des risques au profit des seules clauses contractuelles

Contrat et matrice des risques. À l'unanimité, les interviewés reconnaissent que la répartition des risques ne s'effectue qu'à travers des clauses contractuelles, sauf de très rares cas où une matrice des risques peut être annexée, sans pour autant avoir systématiquement de

valeur contractuelle⁵⁶⁴. Ce constat se retrouve dans les résultats des sondages puisque 69,4 % des répondants indiquent ne pas recourir à une matrice des risques⁵⁶⁵ et 36,1 % de ne pas la contractualiser lorsqu'elle est produite⁵⁶⁶. Les matrices des risques ne sont pas considérées comme suffisamment précises pour avoir une utilité dans les documents contractuels, car elles ne présenteraient pas de solutions claires et précises, à l'inverse des clauses contractuelles⁵⁶⁷. En effet, comme le relève une autorité contractante :

« Plus personne ne fait de matrice des risques contractuelle, car un tableau avec de croix n'a pas de signification particulière. De plus, toutes les croix étaient dans la case « risque partagé » sans précision particulière. Aujourd'hui, avec l'ingénierie contractuelle, le partage s'effectue de manière plus fine et plus détaillée directement dans les clauses du contrat. »

En ce sens, un avocat relate son expérience des matrices dans le cadre de contrats de partenariat public-privé et de marchés de partenariat :

« J'ai toujours trouvé que ça n'avait pas beaucoup de sens d'utiliser une matrice, car, effectivement, elle peut être utile pour savoir si tous les sujets ont été traités (une sorte de timesheet pour des éléments de négociations sur ces bases-là), mais la rédaction contractuelle est souvent un équilibre subtil sur tel ou tel risque. La matrice est trop simpliste pour conduire à une vision plus claire de ce qu'il peut se passer et ce que chaque partie peut supporter. C'est un outil trompeur et de mon expérience des partenariats public-privé, je ne vois plus de matrices de risque : on se focalise sur les clauses. »

⁵⁶⁴ Des enquêtés prennent l'exemple de marchés globaux de performance à plusieurs milliards d'euros, de concessions de grande envergure lorsque les risques sont multiples comme dans l'eau et l'assainissement ou le transport urbain.

⁵⁶⁵ Soit 25 participants sur 36 : 1 avocat, 19 autorités contractantes et 5 opérateurs économiques. Uniquement 8 sondés sur 36 (22,2 %) utilisent et contractualisent une matrice des risques dans certains de leurs contrats (1 autorité contractante pour ses marchés de partenariat et 7 opérateurs économiques lorsque le contrat le permet).

⁵⁶⁶ Soit 13 participants sur 36 : 1 avocat, 6 autorités contractantes et 6 opérateurs économiques.

⁵⁶⁷ Deux opérateurs économiques se distinguent. Ils considèrent que les matrices des risques sont indispensables, car elles permettent de qualifier au mieux les incidences pour chaque risque identifié. L'un d'eux mentionne l'existence d'une matrice spécifique à son secteur d'activité qui consiste pour chaque lot ou par chaque risque à dire qui est *accountable* de chaque point : *« Vous pouvez avoir une matrice RACI où l'accountability est partagée entre le client et certains membres du groupement, ou pour le groupement lui-même ou les sous-traitants. C'est une matrice de responsabilité qui se voit dans les mécanismes en amont du marché dans le cadre des cotraitances et des sous-traitances. Elles sont alors annexées aux contrats, non pas de la commande publique, mais de cotraitance ou de sous-traitance. Il n'y a toutefois pas d'outil comparable avec le client public. »* Cette répartition contractuelle du risque se retrouve auprès de l'autre enquêté dans le cadre de convention de groupement (et donc bien que lié au marché public, n'est pas contractualisée en son sein).

Contractualiser des matrices des risques est délicat, selon une autre autorité contractante, car elles ne sont encadrées ni par la jurisprudence, ni par la DAJ. Généralement, les matrices n'ont qu'une vocation interne dans la préparation du projet (pour l'autorité contractante) et de l'offre (pour l'opérateur économique). La matrice est alors un outil au service de la stratégie et de l'ingénierie contractuelle des parties. Les propos d'un opérateur économique sont éclairants sur ce point :

« La matrice des risques n'est pas formalisée dans un contrat, encore moins contractualisée. Elle n'est, aujourd'hui, utilisée qu'à titre d'outil de gestion des risques. Il en allait autrement avant dans le cadre de baux emphytéotiques administratifs ou de contrats de partenariat public-privé (avec la supervision de Fin Infra et de la MAPPF). La matrice des risques est en pratique un outil interne servant à justifier le prix et à plaider son dossier à son comité des risques.

Aujourd'hui, le partage des risques est maîtrisé par des clauses contractuelles, notamment avec des clauses dont l'objet est de compenser ou de laisser à la charge de l'une des parties les conséquences de la survenance d'un événement déterminé. De même avec les clauses de révision des prix ou les clauses de revoyure.

Les clauses sont également un bon outil de gestion des risques lorsqu'elles comportent des franchises ou des limitations de responsabilité. Il en va de même de mécanismes prévus par la loi comme les règles relatives aux garanties décennales de parfait achèvement qui assurent un levier d'action pour les acheteurs dans le traitement d'un risque lié à la construction d'un ouvrage. »

Concrètement, les contrats vont prévoir des clauses de réexamen ou de revoyure, des clauses de révision des prix, des clauses pénales, des clauses de performance, des clauses de responsabilité ainsi que des clauses de limitation ou d'exonération de responsabilité. Des franchises, des bornages ou encore des plafonnements peuvent être prévus pour déterminer le champ d'application de chacune de ces clauses.

Dans les marchés classiques, les autorités contractantes admettent se contenter, le plus souvent, des CCAG, d'autant qu'ils sont majoritairement perçus comme équilibrés :

« Les CCAG ont essayé de rééquilibrer le déséquilibre constant des contrats administratifs, en termes de risques. Contrairement aux contrats privés où la liberté contractuelle est plus grande, nous rencontrons moins de difficultés à faire

respecter le contrat administratif grâce, notamment, aux CCAG qui ont apporté plus de faveurs aux entreprises. »

Une autorité contractante, soucieuse de l'équilibre dans la répartition des risques, questionne le fait de prévoir un mécanisme où les parties peuvent discuter de la référence ou non aux CCAG.

Ce sont seulement pour les marchés globaux, les contrats de concessions et les marchés plus complexes que leurs services vont être sollicités pour personnaliser le contrat au regard du projet et de la stratégie de répartition des risques souhaitée. Sur ce point, un donneur d'ordre public confie sa pratique :

« Il vaut mieux raisonner au cas par cas pour savoir si le contrat doit prévoir ou non tous les risques. Tout dépend de l'analyse des risques menée lors de la préparation du contrat, éventuellement via le sourcing. La clause sera alors très précise et circonscrit le risque au maximum, soit elle le fait au minimum par manque d'éléments même après sourcing. Parfois, enfin, il faut tenir compte de l'effet de la présence d'une clause sur l'engouement des candidats de répondre au marché. »

Points d'attention dans les contrats. Les enquêtés indiquent porter leur attention dans le contrat principalement sur les causes légitimes (dans les contrats complexes), la présence ou non de franchises (dans les clauses de réexamen, de révision des prix ou de responsabilité), l'instauration d'un bornage ou d'un plafonnement des clauses (tant pour les clauses de responsabilité que pour les clauses de révision des prix), la possibilité d'être ou non indemnisé lors de la survenance de certains risques, la prise en compte d'une limitation ou d'une exonération de la responsabilité de l'une des parties⁵⁶⁸. Les clauses sont l'élément fondamental pour évaluer, répartir et gérer les risques dans un contrat⁵⁶⁹. À ce titre, un opérateur économique estime que les clauses de réexamen et les clauses de rendez-vous sont utiles pour gérer le risque lorsqu'il survient, ou à des étapes précises de progression du projet :

⁵⁶⁸ Un avocat interviewé regrette que les clauses de limitation de responsabilité plafonnent les indemnités, surtout en exploitation avec l'idée de prévoir des plafonds assez importants pour ne jamais pouvoir les atteindre.

⁵⁶⁹ Dans le cadre des sondages, les opérateurs économiques confient porter leur attention sur les clauses de responsabilité, les clauses de réexamen, les clauses pénales, les clauses prévoyant un système de bonus ou malus, les clauses prévoyant un mécanisme de rémunération de l'exploitant, les clauses exorbitantes de droit commun, les clauses qui permettent aux parties de réviser les conditions de rémunération dans des cas spécifiques, les clauses sur les prix (régularité des paiements, avances, passage au prix définitif, révision, etc.), les clauses dérogeant aux CCAG, les clauses de forclusion, les clauses prévoyant la procédure de réclamation ou de demande de paiement, ou encore les clauses de réception.

« Les entreprises aiment quand il est établi un système de rendez-vous dans les contrats, car elles ont besoin de dialoguer avec le client, et le client a besoin de connaître les « tendances » concernant les risques. Il faut intégrer les notions de dialogue et d'information. »

D'ailleurs, 4 participants admettent souvent rechercher à neutraliser ou à réduire le champ d'application des clauses d'exonération de responsabilité de l'autorité contractante pour les informations données sur l'existant ou les sols et sous-sols⁵⁷⁰. Il en est de même pour les clauses sur les biens de retour avec une qualification minutieuse des biens de retours et du taux de vétusté accepté avec des indicateurs précis, ou encore des clauses de réexamen ou de révision des prix qui ont des seuils de déclenchement déconnectés de la réalité actuelle des secteurs d'activités sollicités pour le projet.

Finalement, l'attention est portée sur le fait de savoir si la satisfaction que les parties peuvent avoir de la rédaction d'une clause dans son appréhension du risque. Une « bonne » clause est alors, pour une majorité des participants, une clause partagée et comprise par les parties, facile à mettre en œuvre, et surtout qui permet l'anticipation des risques⁵⁷¹. En effet, comme le relève une autorité contractante :

« Si dans le cadre d'une gestion du risque, le principal écueil est que, lors de la survenance du risque, nous ne savons pas quoi faire, c'est problématique sur le plan opérationnel. Nous essayons au maximum d'avoir des processus prévus dans le contrat et complétés par des fiches pratiques qui prennent en considération chaque risque pour identifier qui fait quoi, qui prévient qui. »

Dans le cadre des sondages, certains participants ont précisé ce qu'ils entendent par de « bonnes clauses » de répartition des risques. Pour les autorités contractantes, ce sont

⁵⁷⁰ Généralement ces clauses types prévoient que le titulaire reconnaît avoir pris connaissance de l'existant et ne pourra pas engager pas la responsabilité de l'autorité contractante en cas d'erreur ou d'omission dans les informations communiquées par elle dans le dossier de consultation.

⁵⁷¹ À ce titre, un opérateur économique souligne que : *« La bonne clause doit être acceptée par les deux parties et les deux parties doivent la comprendre. Pour les autorisations administratives, il faut de la précision, peut-être en indiquant la liste des autorisations concernées. La matrice des risques permet d'être conscient qu'on a un rôle à jouer notamment dans les données d'entrée comme les études géotechniques or, il y a souvent retard, car le maître d'ouvrage n'arrive pas à obtenir en temps et en heure les études nécessaires. »* Concrètement, un avocat explique son processus pour les concessions : *« On identifie les risques et on rédige les clauses très détaillées, en veillant à ce que le risque d'exploitation reste à la charge du délégataire. Par exemple, on consacre des chapitres entiers pour les GER (gros entretien investissement et renouvellement) dans différents contrats d'assainissement ou dans les piscines (qui fait le renouvellement des machines qui tombent en panne). On rédige aussi les clauses classiques d'imprévisibilité ou des clauses de rencontre qu'il ne faut pas oublier à mettre dans les contrats de concession, car elle va permettre aux parties de discuter sur un imprévu du contrat et de trouver une solution. À défaut, on fait une médiation ou on ira voir le juge, ou on fait un avenant en cas d'accord. »*

notamment des clauses qui offrent peu de place à l'interprétation, non équivoques et chiffrées avec une détermination claire du portage du risque, tout en tenant compte de l'intérêt général dont la personne publique a la charge. Ceci peut être, par exemple, des clauses de réexamen permettant de gérer les risques lorsqu'ils surviennent en cours d'exécution, des clauses incitatives, des plans de progrès, des clauses de révision de prix, des clauses instaurant des comités de suivi ou de surveillance ou encore des clauses de médiation. La position défendue par les opérateurs économiques s'inscrit dans cette lignée⁵⁷². C'est pourquoi certains regrettent l'utilisation de termes susceptibles d'interprétation comme « normalement prévisible », « professionnel averti » ou encore « homme ou règle de l'art ». En outre, une « bonne » clause serait, pour eux, celle qui prend en considération l'ensemble des conséquences de l'éventuelle réalisation des risques et limite ses conséquences en fonction du poids économique de chacune des parties ou de chacun des intervenants dans l'opération. À ce titre, un opérateur économique suggère que les risques raisonnables liés aux compétences et attributions du titulaire demeurent de sa responsabilité, les autres risques étant à la charge de l'autorité contractante.

La clarté des clauses est essentielle pour la répartition des risques et n'intéresse pas seulement les parties, mais également les prêteurs et les banques. Sur ce point, un avocat précise que :

« Parfois, et les banques regardent surtout cela, les concessionnaires aiment bien se dire qu'ils vont éventuellement profiter d'une ambiguïté qui leur être favorable. Or, les banques n'ont pas la même appréhension du risque et toute ambiguïté les refroidit. D'où l'utilité d'avoir une banque dans le process. Il faut clairement connaître les conséquences de la survenance du risque, comment on agit lorsqu'il survient, qui prend en charge les conséquences financières et selon quelles modalités.

Également, les banques vont vérifier la présence de limitation de responsabilité, le traitement des recours, les clauses sur les autorisations administratives, le plafonnement des risques, notamment du risque de dépollution, ou encore, pour les risques politiques, les hypothèses de résiliation. »

Toutefois, cet exercice est délicat à mener pour certains acheteurs, notamment les petites collectivités qui n'ont pas les moyens financiers et humains de prévoir de « bonnes » clauses

⁵⁷² Un opérateur économique sondé estime que le risque ne peut être réparti et que la responsabilité de ses conséquences (financière, délais, etc.) doit relever de l'autorité contractante et non du titulaire.

de répartition et de gestion des risques. Le recours à des assistances à la maîtrise d'ouvrage, au conseil juridique et à un *contract manager* a un coût financier non négligeable pour elles.

En outre, une autorité contractante confie qu'il ne faut pas se référer uniquement aux clauses du contrat, car le transfert des risques peut être implicite au regard des demandes de qualifications. Dès lors, la qualité et les compétences des titulaires font qu'ils supportent des risques non explicitement exprimés dans les contrats.

Quoi qu'il advienne, un avocat souligne une limite à l'exercice :

« Par ailleurs, le cadre rigide du Code de la commande publique et de la jurisprudence fait que, malgré la bonne volonté des deux parties et leur accord, la situation demeure, car il n'est pas possible de modifier le contrat. C'est normal que le Code prévoit un cadre rigide en matière de modifications. La première hypothèse de modification est intéressante (lorsque c'est prévu par le contrat). Par exemple : un syndicat de communes de gestion de déchets savait qu'il allait intégrer de nouvelles communes. Ce faisant, il a prévu une clause sur mesure dans le cadre prévu par le Code. Mais les autres hypothèses sont rigides, même quand les parties sont d'accord, on ne trouve pas le cadre légal dans lequel s'inscrire. »

Synthèse. En définitive, les entretiens témoignent d'un désintérêt majoritaire de la pratique pour les matrices des risques en tant que document annexé au contrat, avec ou sans valeur contractuelle. Les praticiens privilégient une répartition du risque par la rédaction de clauses claires et précises qui permettent d'anticiper la gestion d'un risque et d'être comprise et partagée par les parties, et facilement mise en œuvre. Encore faut-il pour les autorités contractantes avoir les moyens financiers et humains pour parvenir à cet équilibre contractuel ou que la procédure de passation permette la discussion ou la négociation des clauses.

C. L'expression majoritaire d'un besoin de négocier la répartition des risques

Négociation et risques. Les discussions, lorsqu'elles sont possibles, portent généralement sur les risques à la charge du titulaire soit pour les retransférer sur l'autorité contractante, soit pour en partager la responsabilité (notamment à travers des franchises où, au-delà, le risque bascule sur l'acheteur), soit pour en limiter le degré (avec des limitations de

responsabilité ou des causes légitimes⁵⁷³). Les négociations peuvent également porter sur les délais, les garanties ou les pénalités. Encore faut-il que la procédure permette cette discussion ou négociation, notamment à travers un dialogue compétitif ou une procédure avec négociation. Tous les contrats ne peuvent donc pas y prétendre, et lorsqu'elle est mise en œuvre, la négociation doit être sécurisée. Effectivement, un avocat rappelle que les règles de la négociation, dans les procédures avec négociation, doivent être clairement définies dans les documents de consultation en amont de la procédure, par anticipation, pour éviter toute modification substantielle de la mouture du contrat à mesure que ses clauses sont renégociées.

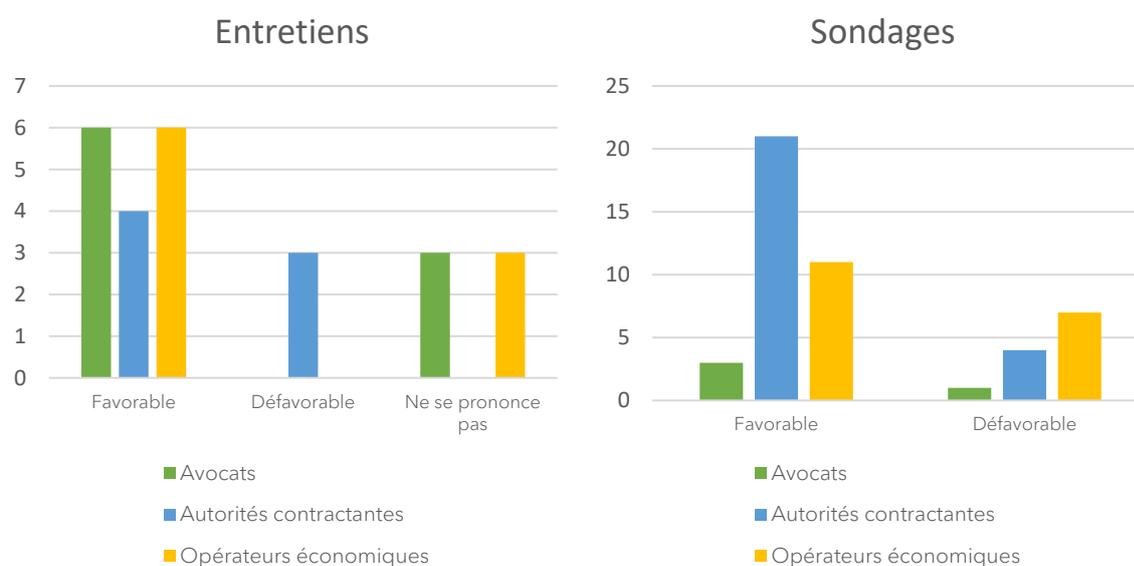


Figure 2.16 : Besoin de négociation sur la répartition des risques

Besoin majoritaire de négociation. Plusieurs enquêtés s'inquiètent de l'absence d'échanges véritables entre les autorités contractantes et les opérateurs économiques en raison du carcan rigide de la commande publique⁵⁷⁴. Au-delà, c'est aussi un problème culturel entre les deux secteurs qui est souligné avec des difficultés pour chaque partie d'écouter l'autre.

L'instauration d'une phase de discussion ou de négociation durant la passation aurait l'avantage de réduire les coûts. En effet, comme le relèvent 2 opérateurs économiques et 2 avocats, en l'absence de négociation, le risque est répercuté dans les prix des offres.

⁵⁷³ Par exemple : évolution réglementaire, présence de locataires dans une partie des locaux nécessitant de pouvoir ou non faire évacuer les lieux.

⁵⁷⁴ Certains participants soulignent qu'en réalité la négociation ne porte que sur le prix et que les autorités contractantes évitent de s'écarter du cahier des charges en vue de garantir l'égalité de traitement des candidats.

Cependant, l'un d'entre eux précise qu'en cas de négociation, l'attention est portée sur certains points du cahier des charges pouvant créer un risque. Le coût associé à ce risque peut alors être discuté pour diminuer le prix final de l'offre, à condition d'avoir des contreparties sur la responsabilité liée à ce risque. D'où l'importance de la négociation, même si l'exercice est délicat, car comme l'explique un avocat :

« Les négociations sont l'une des périodes les plus cruciales dans les contrats, quand les procédures le permettent. En tant que conseil, nous intervenons pour sécuriser les échanges entre les personnes publiques et les opérateurs économiques. Nous faisons attention de ne pas divulguer les informations couvertes par le secret industriel et commercial des uns aux autres. Ce n'est pas un exercice facile : il faut faire la balance entre l'égalité entre les candidats et la protection des données sensibles. Nous traitons les offres des candidats de A à Z sur les aspects juridiques. Notre méthode est de donner un contrat déjà rédigé qui peut faire l'objet de modifications par les candidats. Nous rédigeons toutes les modifications – parfois nombreuses – qui sont proposées par eux et attirons l'attention de la collectivité sur le risque, généralement financier, que comporte telle ou telle modification. En concession, nous devons également veiller à ne pas annihiler le risque d'exploitation supporté par l'attributaire. »⁵⁷⁵

Une autorité contractante partage cette approche :

« Selon les personnes publiques, les candidats ont plus ou moins la faculté d'amender la documentation, mais cela demeure évidemment le sujet majeur en termes de discussions. Il faut toutefois souligner maintenant que pour certains grands risques (par exemple les risques de recours ou ceux liés aux autorisations administratives), les choses semblent assez bornées en pratique. Ce sont souvent les risques propres au projet qui sont mis sur la table et cela est renforcé si la personne publique n'a pas réalisé suffisamment d'études. Les négociations ont donc alors une véritable utilité et le projet se consolide à travers le dialogue entre les professionnels du secteur et les personnes publiques. »

⁵⁷⁵ Un de ses confrères ajoute qu'un problème demeure auprès des personnes publiques dans les négociations. Celles-ci défendent souvent leurs intérêts, notamment budgétaires, et non l'intérêt général. Or, l'intérêt général ne se réduit pas à la seule dépense publique.

C'est pourquoi une forte majorité des participants affirment, lors de l'enquête quantitative, être favorables à un élargissement de la négociation dans les procédures de passation pour mieux répartir et appréhender les risques (74,4 %⁵⁷⁶).

La négociation apparaît chez certains des enquêtés comme l'élément indispensable à une allocation optimale des risques : 74,4 % des sondés⁵⁷⁷ confient, à ce propos, que lorsque les procédures le permettent, la répartition des risques fait l'objet de négociation, bien que généralement le sujet est fondu dans les discussions sans en faire une thématique propre de la négociation. Un participant du panel d'enquête observe que les négociations permettent d'aborder l'aspect financier des clauses et que chaque partie prenne conscience du poids financier engendré par une clause de transfert de risque qui n'avait pas été perçu soit par méconnaissance, soit par culture, soit par manque de moyens⁵⁷⁸. La négociation réduit l'asymétrie d'information et améliore l'appréhension des risques par les parties : « *On achète mieux quand on négocie* ». D'ailleurs, lorsque des prêteurs prévoient de financer un des soumissionnaires pour le projet, il n'est pas rare que ceux-ci assistent aux réunions de discussion ou de négociation, car si un candidat prend un risque inconsidéré, le prêteur ne financera pas le projet.

Réticences minoritaires. Des autorités contractantes, quant à elles, demeurent plus prudentes quant à l'ouverture à la négociation de la répartition des risques par laquelle les soumissionnaires tentent de minimiser les risques, de les retransférer du côté de l'entité publique ou de prévoir un nombre important de clauses de revoyure. L'une d'elles témoigne des difficultés rencontrées par ses services qui n'ont pas forcément le temps, non plus les moyens, de vérifier l'intégralité du contrat avant la signature surtout sur les contrats complexes, et malgré leur niveau d'expertise. Ainsi, il arrive que des clauses ajoutées contredisent ou affectent de manière importante la répartition des risques initialement prévue. Une autorité contractante témoigne en ce sens :

⁵⁷⁶ Soit 35 sur 47 répondants : 3 avocats, 21 autorités contractantes et 11 opérateurs économiques. Toutefois, certains nuancent leur réponse en limitant cette extension aux contrats d'une certaine ampleur en termes financiers ou de complexité du projet. Comme le précise l'un d'eux : « *Le temps passé à la négociation n'est pas nécessaire à être investi dans les marchés à faible enjeu dont les risques sont parfaitement maîtrisés par les parties (par exemple : un marché de travaux de réfection de route).* »

⁵⁷⁷ Soit 32 sur 43 répondants : 3 avocats, 14 autorités contractantes et 15 opérateurs économiques.

⁵⁷⁸ Un autre enquêté indique : « *La négociation est utile. Ce qui est paradoxal, c'est qu'on imagine souvent l'État tout puissant dans la négociation, car il dispose de ressources en théorie incroyables. Pourtant, l'État n'envoie que des équipes réduites pour gérer les dossiers de négociation alors qu'en face les personnes privées disposent de grandes équipes avec de très bons spécialistes. La solution est alors, pour l'État, de faire des contrats non négociables pour éviter ce rapport de force. L'État oublie qu'il a les moyens humains pour cela : il peut détacher de grands spécialistes, notamment auprès des hauts fonctionnaires et des universitaires.* »

« Tout l'enjeu des négociations dans les concessions, c'est justement de prévoir des clauses pour court-circuiter des répartitions des risques (pour basculer des risques ou les minimiser en mettant des garanties, des garde-fous, des clauses de rencontre ou de revoyure, etc.). Parfois nous acceptons malgré nous des amendements sans nous en rendre compte et on le voit en cours d'exécution. Alors, le contrat à la fin a des dispositions malencontreuses. Par exemple sur des concessions de stationnement, nous avons prévu des partages de risques sur des autorisations administratives (à savoir des permis de construire) et des délais de retard, puis nous avons eu, avec les négociations, des clauses de limitation de responsabilité qui court-circuitaient cela notamment en cas de retard de permis de construire dont nous ne sommes pas à l'origine (l'autorisation étant délivrée par une autre personne publique que nous). »

Par ailleurs, tous les projets n'ont pas à prévoir de négociation de la répartition des risques. Certaines autorités contractantes insistent sur le caractère de contrat d'adhésion des marchés publics⁵⁷⁹. La négociation ne doit alors être prévue que pour certains projets d'une particulière envergure ou complexité. L'une d'elles admet vouloir avoir le dernier mot et imposer ses règles, mais qu'elle est contrainte de devoir ouvrir à la discussion ses clauses de répartition des risques :

« On estime qu'il est trop risqué de rester sur cette idée d'un simple contrat d'adhésion pour certains projets. On écoute alors nos candidats. On adapte nos documents contractuels pour qu'on puisse avoir après en exécution un contrat qui soit le plus équilibré possible, tout en préservant nos intérêts. On essaie de faire en sorte, lors des négociations, que les candidats nous précisent tous les risques qu'ils ont pu voir et c'est lors de la mise à jour de notre document de consultation et de la remise de l'offre finale qu'on aura le partage des risques final. »

En outre, deux opérateurs économiques relèvent que la prise en compte de l'équilibre du risque dans l'évaluation des offres est un travail délicat et complexe et qui n'est pas forcément objectif, d'autant que deux offres peuvent, pour des raisons différentes, avoir une appréhension des risques similaires. De plus, les exigences minimales peuvent être un obstacle

⁵⁷⁹ Une autorité contractante estime d'ailleurs que la négociation n'est pas un espace de discussion de la répartition des risques étant donné qu'un marché public est un contrat d'adhésion.

aux négociations : il faut donc éviter que les autorités contractantes considèrent trop de clauses relatives à la répartition des risques comme des exigences minimales.

Synthèse. Finalement, au regard des bénéfices de la négociation sur la répartition des risques, la majorité des participants de l'enquête considèrent qu'il serait opportun d'élargir le recours à la négociation ou à la discussion des clauses de répartition des risques lors de la passation des marchés et des contrats de concession. En effet, cette phase serait indispensable à une allocation optimale des risques entre les autorités contractantes et les opérateurs économiques, d'autant que la présence de prêteurs ou banquiers dans certains projets pourrait permettre d'avoir des regards extérieurs de professionnels dont l'appréhension du risque est l'essence-même de leur travail. De plus, la négociation permettrait de diminuer le prix des offres en diminuant les provisions pour risques qui y sont intégrées, tout en participant à améliorer les relations contractuelles entre les parties.

§II. Les outils privilégiés dans le traitement des risques

Principaux outils de gestion des risques. Il ressort des enquêtes de terrain que les participants privilégient majoritairement le traitement des risques à partir du contrat lui-même (à travers le déclenchement des clauses contractuelles), ou à défaut par des modifications unilatérales ou conventionnelles, ou encore par des mesures de gestion interne, propre à la partie en charge du risque.

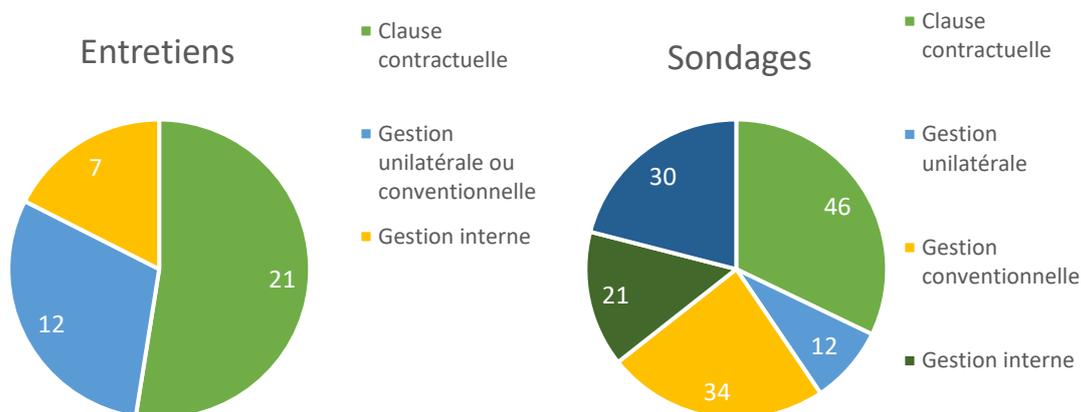


Figure 2.17 : Outils utilisés pour gérer les risques

Déclenchement des clauses contractuelles. Lorsque le risque survient, le premier réflexe est de déclencher les clauses contractuelles, notamment les clauses de réexamen qui sont perçues comme indispensables pour 5 avocats, 2 autorités contractantes et 3 opérateurs économiques interviewés et 78 % des sondés⁵⁸⁰. Les propos d'un avocat sont explicites sur ce point :

« Lorsqu'un évènement imprévu survient, on se réfère toujours au contrat avant d'aller piocher dans le Code de la commande publique ou la jurisprudence. La bonne rédaction des clauses du contrat est un outil efficace pour prévoir et prévenir les risques. En ce sens, nous avons des exemples de clauses, des réflexes, des questionnaires qu'on pose aux autorités contractantes pour les préserver au maximum des risques qui peuvent survenir. »

La pratique d'une autorité contractante confirme cette approche puisque son premier réflexe est de vérifier dans le contrat à qui incombe le risque et « *s'il est à la charge du titulaire, il se doit d'assumer les risques et ne pas se retourner systématiquement vers le maître d'ouvrage : l'opérateur économique a conscience des risques qu'il prend lors du dépôt de son offre, et la gestion de ces risques est de sa propre responsabilité* ». Si des clauses sont prévues, alors elles sont enclenchées, en particulier pour trouver des solutions à la suite de discussions avec le titulaire.

Ces clauses sont notamment utiles dans le cadre du contexte inflationniste de ces dernières années, de l'évolution de la réglementation et de l'obsolescence de technologies. Cependant, dans le cadre d'opération de travaux, selon un opérateur économique, il faut que les risques soient révélés à temps et soient expliqués au client et au maître d'ouvrage afin d'éviter de les découvrir au stade du décompte. Pour un autre enquêté, les collectivités territoriales devraient être plus réceptives aux clauses de réexamen et s'en saisir lorsqu'elles les prévoient dans leurs contrats. Partant, lorsqu'elles les déclenchent, certaines se contenteraient de discuter avec les titulaires sans pour autant vouloir tenter une quelconque modification par avenant.

Gestion unilatérale ou conventionnelle. Dans les entretiens et les sondages, 13 autorités contractantes et 2 avocats⁵⁸¹ indiquent procéder régulièrement par ordre de service pour gérer les risques notamment en cas de situation d'urgence pour pouvoir prendre des

⁵⁸⁰ Soit 46 répondants sur 59 : 4 avocats, 25 autorités contractantes et 17 opérateurs économiques.

⁵⁸¹ Précisément, 2 autorités contractantes et 1 avocat pour les entretiens, 11 autorités contractantes et 1 avocat pour les sondages (soit 20,3 % des sondés).

mesures conservatoires⁵⁸². Un opérateur économique est d'ailleurs plutôt favorable aux ordres de service, même en dehors de la gestion des risques, car ils permettent de signaler au maître d'ouvrage d'autres risques et de protéger le maître d'œuvre. De plus, une autorité contractante reconnaît un avantage de la gestion unilatérale d'un risque au regard de la force exécutoire et du privilège du préalable des personnes publiques où il n'est pas nécessaire de saisir une juridiction pour gérer un risque, du moins à l'encontre d'une personne privée⁵⁸³.

Par ailleurs, la gestion conventionnelle est également mobilisée pour permettre de modifier le contrat à travers les différentes hypothèses reconnues par le Code de la commande publique⁵⁸⁴. Lors des sondages, 57,6 % des participants ont indiqué y recourir⁵⁸⁵. Cependant, la modification des contrats de la commande publique est un risque en lui-même à prendre en considération⁵⁸⁶. Comme le souligne un avocat :

« Avec l'arrêt de la CJUE, Finn Frogne, il y a une limitation des droits de négociation et une atteinte à la mutabilité des contrats administratifs qui faisait la force du droit européen. La réforme de 2014 nous a empêchés d'avoir des marchés complémentaires et a rigidifié la commande publique. On ne peut pas rigidifier d'un côté et demander de la flexibilité de l'autre : c'est la quadrature du cercle.

De plus, le risque d'adaptation du contrat au regard des contraintes européennes induit une absence de flexibilité, une réduction de la possibilité de résilier un contrat du fait qu'on a atteint sa limite d'élasticité. C'est une perte de temps considérable pour les collectivités de devoir vérifier le cadre juridique pour chaque adaptation, surtout que la gestion d'un risque nécessite de la réactivité et de la souplesse. On a privilégié l'orthodoxie procédurale au détriment de la continuité

⁵⁸² Un avocat souligne que : « Nous sommes souvent confrontés aux travaux supplémentaires où le Code de la commande publique est d'une aide assez limitée, mais la jurisprudence nous guide. Sur la forme, toutefois, à savoir s'il vaut mieux procéder par avenant ou ordre de service, rien n'est précisé tant dans le Code que dans la jurisprudence. Souvent nos clients sont déçus sur comment traiter la chose. Prévoir de tels éléments dans le Code ne serait pas pertinent, car on diminuerait nos marges d'action. En revanche un guide de la DAJ pourrait être bienvenu. »

⁵⁸³ Une autorité contractante rapporte une anecdote d'un phénomène qui augmenterait ces dernières années avec l'inflation dans les marchés de fournitures où des fournisseurs refusent d'exécuter le contrat juste après son attribution en raison du prix qu'ils considèrent finalement trop bas.

⁵⁸⁴ Sur ce point, voir : Chaire de droit des contrats publics, *La modification des contrats de la commande publique*, 2023, disponible sur le site internet de la Chaire.

⁵⁸⁵ Soit 34 répondants sur 59 : 3 avocats, 21 autorités contractantes et 10 opérateurs économiques.

⁵⁸⁶ Un autre risque est à prendre en considération, pour un enquêté : le risque pénal. Pour lui, « la transparence a rendu plus difficile la gestion partenariale du risque qui rend la personne publique plus frileuse dans la gestion des risques pour éviter toute responsabilité pénale avec les suspicions de prise illégale d'intérêt ou de délit de favoritisme ».

et de la mutabilité du service public et de l'intérêt des projets portés par les contrats. »

Il continue en préconisant des espaces de discussion entre les parties⁵⁸⁷, comme le font les modèles anglo-saxons dans les contrats de conception-réalisation :

« Dans la commande publique française, il n'y a aucun espace de discussion, de débat. Tout est fait pour responsabiliser l'autre alors qu'il n'a pas la maîtrise. C'est un leurre et une source de friction entre les parties. »

Un autre enquêté suit cette recommandation et insiste sur la nécessité d'instaurer un principe de bonne foi dans l'exécution des contrats de la commande publique :

« Les modifications restent des possibilités et si la personne publique dit non et se réfugie derrière le contrat, on peut difficilement avoir recours à d'autres mécanismes comme la théorie d'imprévision, car il faut un bouleversement de l'économie du contrat. Alors on est sur des discussions au bon vouloir. C'est là où manque la notion de bonne foi. La jurisprudence a une conception rigide, pas forcément très équitable. Ce que permet le Code de la commande publique, c'est de ne pas être bloqué par des règles trop strictes qui empêcheraient toute modification. »

À ce titre, une autorité contractante admet faire preuve de compréhension et de s'écarter au besoin du contrat, en particulier lorsqu'elle a une part de responsabilité dans la réalisation du risque.

La gestion conventionnelle ne passe pas systématiquement par la signature d'un avenant. Elle peut résulter, comme en témoignent les résultats des sondages, de discussions entre les parties pour rechercher des solutions opérationnelles⁵⁸⁸.

Gestion interne du risque. Lorsque les clauses contractuelles ne peuvent pas être enclenchées, notamment en raison des franchises, et quand l'autorité contractante n'est pas réceptive aux demandes des opérateurs économiques, ceux-ci témoignent devoir procéder à des

⁵⁸⁷ Un autre avocat regrette que les relations contractuelles avec le secteur public se conflictualisent : *« Le secteur privé veut toujours être couvert dès que le risque survient (ceci s'expliquant notamment par le fait que les entreprises diminuent les prix pour remporter les appels d'offres) et donc transmet des réclamations à la moindre occasion au secteur public. Les personnes publiques ont l'impression de se faire piéger et rejettent systématiquement les demandes. La pathologie de la gestion du risque, aujourd'hui, est qu'elle est conflictuelle et absolument pas partenariale. »*

⁵⁸⁸ Telle est l'une des solutions envisagées par 50,8 % des sondés (soit 30 sur 59).

ajustements internes à leur structure⁵⁸⁹. Par exemple, une entreprise indique assumer les conséquences financières d'un risque en recherchant des gains de productivité sur ses coûts d'exploitation⁵⁹⁰, puisque la collectivité n'indemniserait pas ou peu le préjudice subi par le concessionnaire.

Dans le cadre de groupement d'entreprises, une convention de droit privé est essentielle en cas de cotraitance au point que des discussions sont menées dans des associations et des fédérations pour établir des lignes directrices entre professionnels. Il est de l'intérêt en ingénierie de se rapprocher des travaux publics et de trouver des principes communs de fonctionnement entre les maîtres d'œuvre et les constructeurs dans les marchés globaux de conception-réalisation⁵⁹¹. Ces conventions n'étant pas opposables à l'autorité contractante, elles s'avèrent être un outil de gestion interne du risque, propre au groupement d'entreprises.

Par ailleurs, la prévention et la gestion des risques peuvent s'effectuer à travers le pouvoir de contrôle des autorités contractantes qui, par des audits, peut vérifier l'étendue des conséquences d'un risque et des mesures prises par le titulaire pour y remédier. Ceci serait également, selon une autorité contractante, efficace pour se prémunir contre le risque médiatique et le risque de non-conformité. Un autre donneur d'ordre public a, quant à lui, mis en place une suspension des travaux à la suite d'un accident de chantier et organisé une journée de formation pour l'ensemble des intervenants sur l'ensemble de ses chantiers afin de renforcer la sécurité sur le terrain. Toutefois, ce pouvoir de contrôle ne doit pas se transformer, selon lui, en une ingérence dans la gestion des entreprises titulaires : la vigilance est donc de mise.

Synthèse. En définitive, le contrat demeure la principale source de gestion d'un risque lorsque celui-ci survient, à condition que celui-ci comporte des clauses de répartition et de gestion des risques suffisamment claires et précises, en particulier pour les clauses de réexamen. Ceci confirme l'idée selon laquelle un contrat est un acte de prévision entre les parties. En cas d'absence de solutions dans le contrat, les parties peuvent gérer différemment le risque soit unilatéralement, pour la personne publique, à travers l'émission d'ordres de service, soit conventionnellement avec des avenants, à condition d'entrer dans les hypothèses de modification prévues par le Code de la commande publique. À ce titre, certains enquêtés regrettent la rigidité du droit de la commande publique en matière de modification contractuelle

⁵⁸⁹ Dans le cadre des sondages, la gestion interne intervient dans 35,6 % des cas (21 répondants sur 59 ayant indiqué y recourir).

⁵⁹⁰ Ces gains de productivité peuvent être importants dans le cadre de contrats de longue durée.

⁵⁹¹ Notamment en matière de plafonnement des pénalités ou de non-prise en charge par le maître d'œuvre des frais de retenue de garantie.

et prônent plus de souplesse. D'autres recommandent également de prévoir plus de moments de discussions et d'échanges pendant l'exécution du contrat afin d'optimiser la gestion des risques et de rendre opérationnel le principe de loyauté contractuelle. Enfin, une gestion interne du risque peut être mise en œuvre, en particulier en réorganisant les services internes du titulaire et en revoyant leurs process.

RÉSUMÉ D'ÉTAPE N° 2

Dans le cadre des enquêtes qualitative et quantitative, il ressort que la répartition des risques alterne entre une pratique d'une recherche d'un partage équilibré des risques (consistant à mettre le risque à la charge de la partie la plus à même de le supporter) et une pratique du transfert d'un maximum de risques vers le cocontractant (augmentant alors les prix des offres en raison de l'augmentation de la provision pour risque). Majoritairement, les enquêtés (tant avocats, qu'autorités contractantes et qu'opérateurs économiques) prônent la recherche d'un partage des risques équilibrés, et le pratiquent. Ceux-ci considèrent comme étant équilibrée la répartition des risques qui répond au principe d'une allocation du risque raisonnée et raisonnable au regard des parties et du contrat (et d'accepter à la fois les risques positifs et les risques négatifs), ainsi que le fait pour chaque partie de prendre chacun leurs risques de manière consciente et éclairée. En revanche, les participants aux entretiens pointent deux difficultés majeures qu'ils rencontrent dans leur pratique : les clauses d'exonération de responsabilité des acheteurs quant aux informations données sur l'existant et les sols et sous-sols, ainsi que la compétence des agents des services des autorités contractantes qui nécessiteraient de suivre des formations pour mieux comprendre l'appréhension des risques par le secteur privé.

Ensuite, les résultats des enquêtes témoignent d'un désintérêt majoritaire de la pratique pour les matrices des risques en tant que document annexé au contrat, avec ou sans valeur contractuelle. Les praticiens privilégient une répartition du risque par la rédaction de clauses claires et précises qui permettent d'anticiper la gestion d'un risque et d'être comprise et partagée par les parties, et facilement mise en œuvre. Encore faut-il pour les autorités contractantes avoir les moyens financiers et humains pour parvenir à cet équilibre contractuel ou que la procédure de passation permette la discussion ou la négociation des clauses.

D'ailleurs, au regard des bénéfices de la négociation sur la répartition des risques, la majorité des participants de l'enquête considèrent qu'il serait opportun d'élargir le recours à la négociation ou à la discussion des clauses de répartition des risques lors de la passation des marchés et des contrats de concession. En effet, cette phase serait indispensable à une allocation optimale des risques entre les autorités contractantes et les opérateurs économiques, d'autant que la présence de prêteurs ou banquiers dans certains projets pourrait permettre d'avoir des regards extérieurs de professionnels dont l'appréhension du risque est l'essence-même de leur travail. De plus, la négociation permettrait de diminuer le prix des offres en diminuant les provisions pour risques qui y sont intégrées, tout en participant à améliorer les relations contractuelles entre les parties.

Enfin, il ressort des enquêtes que le contrat demeure la principale source de gestion d'un risque lorsque celui-ci survient, à condition que celui-ci comporte des clauses de répartition et de gestion des risques suffisamment claires et précises, en particulier pour les clauses de réexamen. Ceci confirme l'idée selon laquelle un contrat est un acte de prévision entre les parties. En cas d'absence de solutions dans le contrat, les parties peuvent gérer différemment le risque soit unilatéralement, pour la personne publique, à travers l'émission d'ordres de service, soit conventionnellement avec des avenants, à condition d'entrer dans les hypothèses de modification prévues par le Code de la commande publique. À ce titre, certains enquêtés regrettent la rigidité du droit de la commande publique en matière de modification contractuelle et prônent plus de souplesse. D'autres recommandent également de prévoir plus de moments de discussions et d'échanges pendant l'exécution du contrat afin d'optimiser la gestion des risques et de rendre opérationnel le principe de loyauté contractuelle. En outre, une gestion interne du risque peut être mise en œuvre, en particulier en réorganisant les services internes du titulaire et en revoyant leurs process.

Section 3 : Le contentieux et le précontentieux liés aux risques

Objectif des enquêtes. Dans le cadre des enquêtes, les participants ont été interrogés sur les implications contentieuses liées à la répartition des risques et à leur traitement. Uniquement 15 enquêtés ont échangé sur cette thématique pour partager leur expérience en matière de résolution contentieuse et précontentieuse de leurs différends (§I.), 5 d’entre eux ayant également évoqué des dispositifs récents de résolution des différends (§II.).

§I. Les solutions classiques : recours précontentieux, règlement amiable ou recours juridictionnel

Contentieux. Globalement, les interviewés reconnaissent n’avoir que peu de dossiers contentieux portant sur la répartition ou la gestion des risques⁵⁹². Généralement, comme le précise un avocat, lorsque le contentieux apparaît en la matière, il porte sur d’importants marchés ou contrats de concession connaissant une mauvaise répartition des risques au départ en raison du manque de clarté des clauses contractuelles. Ce constat est partagé par un opérateur économique :

« Les causes de frictions liées à la gestion des risques sont pour l’essentiel les limitations des modifications par le Code de la commande publique et les directives de 2014, ainsi que des clauses de responsabilité qui seraient mal pensées ou inadaptées au réel. »

Ce même interviewé souligne un cas où le contentieux est inévitable, celui où les pénalités infligées excèdent le montant d’un marché. Ce cas est confirmé par un autre opérateur

⁵⁹² Un avocat interrogé se distingue dans le panel de l’enquête qualitative. Celui-ci confie que depuis une dizaine d’années, son activité principale est majoritairement liée aux difficultés d’exécution et à une sur-représentation de la gestion conflictuelle.

économique qui y ajoute celui des appels en garantie des maîtres d'ouvrage en garantie décennale.

Pour 3 interviewés, la principale source de contentieux lié au risque apparaît lorsque le contrat a été muet à son sujet. L'un des cas classiques en la matière tient au contentieux lié au forfait alors même que la notion de forfait est vague et ne saurait être éclairée par la jurisprudence actuelle : ceci est une source importante de contentieux et de risque.

Enfin, une partie du contentieux relève encore aujourd'hui des conséquences de la pandémie de Covid-19, selon un avocat du panel d'enquête.

Évitement du contentieux. Pour autant, un opérateur économique explique éviter au maximum tout contentieux pour deux raisons. La première tient à privilégier le consensualisme or, le contentieux serait le témoignage d'un échec d'accord qui serait néfaste à de bonnes relations contractuelles pour des contrats de longue durée⁵⁹³. La seconde provient de la mutualisation de l'ensemble des risques sur l'ensemble des contrats de l'entreprise. Seulement, pour démontrer le préjudice, il faut qu'il soit certain et porté exclusivement sur le service en question et non l'ensemble des services. La démonstration est donc difficile à apporter.

Dans un autre entretien, un concessionnaire confie, quant à lui, éviter le contentieux en privilégiant des rééquilibrages sur la base des clauses de réexamen dans leurs contrats, notamment lors de la période de pandémie en 2020 et 2021. Lorsque le contrat ne permet pas de rééquilibrer l'économie du contrat, dans cette situation, la résolution amiable est envisagée.

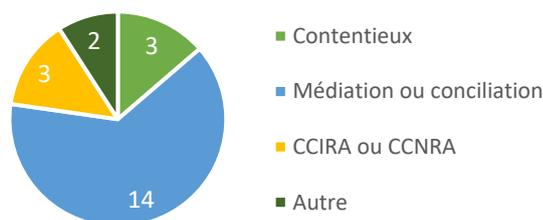


Figure 2.18 : Pratique de la résolution des différends des interviewés en matière de répartition et de gestion des risques⁵⁹⁴

⁵⁹³ L'opérateur économique indique également qu'il essaie en amont d'amortir les risques par des gains de productivité quand ceci est possible.

⁵⁹⁴ La section « Autre » prend en compte les pratiques évitant à la fois le contentieux et le précontentieux comme la mise en place de solutions opérationnelles d'optimisation de la rentabilité du contrat lorsque survient un risque.

Modes alternatifs de règlement des différends. La résolution amiable semble, selon les interviewés, se développer de plus en plus ces dernières années en particulier pour éviter la lenteur juridictionnelle. Un avocat souligne le bénéfice de cette pratique et se félicite de voir des maîtres d'ouvrage publics à l'écoute des opérateurs économiques, comprenant que les opérateurs économiques ne peuvent pas tout prévoir dans leurs offres. Un autre enquêté confirme ce mouvement en précisant que :

« Le contentieux lié au risque est surtout présent, dans ma pratique, pour les marchés privés, car dans les marchés publics, les parties parviennent à se concilier avant de saisir les juridictions. Ceci limite considérablement le contentieux. »

D'ailleurs, un autre avocat constate que les tribunaux sollicitent systématiquement une médiation avant de statuer, ceci permettant justement de désengorger les tribunaux. Cependant, un autre de leur confrère relativise cette tendance en soulignant que *« s'il y a bien une augmentation de dossiers en résolution amiable, peu sont ceux à aboutir à une véritable solution amiable »*⁵⁹⁵.

En matière de marchés publics, un avocat porte un regard plutôt acerbe sur les CCIRA et le CCNRA, ne constatant aucun impact positif ou négatif sur le contentieux : *« C'est seulement une étape devenue indispensable avant un contentieux qui ne fait que ralentir la procédure »*. Cette opinion n'est pas partagée par un de ses confrères qui observe une amélioration du traitement des dossiers par les CCIRA et le CCNRA :

« Avant les CCIRA tranchaient dans le sens des opérateurs économiques ou demandaient de « couper la poire en deux » sans se soucier de l'interdiction des libéralités ou des limites aux protocoles transactionnels. »

La défiance envers les CCIRA et le CCNRA, qui avait déjà été constatée dans le cadre des recherches sur la modification des contrats de la commande publique menées par la Chaire en 2023, expliquent le recours à d'autres méthodes par certaines autorités contractantes, en particulier la conciliation directe entre les parties pour parvenir à un protocole transactionnel.

⁵⁹⁵ En outre, ce même interviewé observe une diminution du nombre de transactions avec l'administration centrale de l'État en raison de la mise en place de comités au niveau central (pour chaque ministère, composé de trois personnes extérieures) devant donner leur avis consultatif obligatoire sur chaque projet de transaction afin de réduire la responsabilité pénale des agents des services centraux et la responsabilité civile de l'État. Cependant, la responsabilité pénale n'est pas retirée. Elle est transférée aux membres des comités qui, de ce fait, refusent les trois quarts des projets de protocoles transactionnels de l'État.

Une autorité contractante confie que le nombre de ses transactions est plus important que le nombre des procédures contentieuses devant le juge administratif.

L'évitement du contentieux se justifie de plus en plus, selon les enquêtés, en raison des délais de traitement des dossiers devant les juridictions et, surtout, en raison des experts mandatés qui ne respectent pas les délais voire ne rendent pas leurs rapports d'expertises. Aussi n'est-il pas étonnant que d'autres solutions se développent.

Apports des sondages. L'enquête quantitative a permis d'affiner les résultats obtenus lors des entretiens sur le contentieux et le précontentieux liés aux risques. Les participants ont indiqué traiter principalement leurs différends au contentieux (34,2 %) ⁵⁹⁶ ou par la médiation ou la conciliation, voire par d'autres modes amiables comme des comités de suivi ou des discussions entre les parties (39,5 %) ⁵⁹⁷. Les CCIRA ou le CCNRA ne sont saisis pour de telles questions que dans certains marchés de 2 sondés (soit 5,7 % des participants : 1 autorité contractante et 1 opérateur économique).

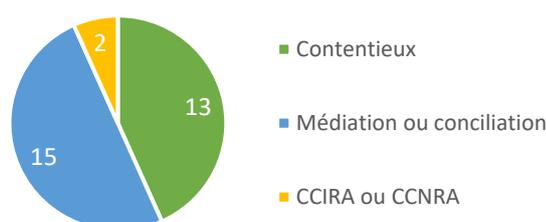


Figure 2.19 : Pratique de la résolution des différends des sondés en matière de répartition et de gestion des risques

Selon les participants aux sondages, les principaux motifs à l'origine d'un différend sont liés à des risques techniques et opérationnels (47,8 %) ⁵⁹⁸ comme des retards d'exécution, des difficultés d'approvisionnement, des difficultés liées à la coactivité sur un chantier, des aléas de chantiers non reconnus ou insuffisamment reconnus, des problèmes d'interfaces, la gestion des réseaux ou des réservations, ou encore des difficultés techniques. D'autres difficultés liées à l'exécution contractuelle sont mentionnées par 7 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques (soit 39,1 % des participants), notamment en cas de changement de plans ou de programme, de mauvaise exécution du contrat, de travaux supplémentaires ou de légalité d'un

⁵⁹⁶ Soit 13 participants sur 38 : 3 avocats, 8 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques.

⁵⁹⁷ Soit 15 participants sur 38 : 7 autorités contractantes et 8 opérateurs économiques.

⁵⁹⁸ Soit 11 participants sur 23 : 4 autorités contractantes et 7 opérateurs économiques.

avenant. La répartition des risques est également soulevée comme motif courant de différends par 2 autorités contractantes et 3 opérateurs économiques (soit 21,7 %), en particulier pour déterminer la responsabilité des retards d'un projet ou l'interprétation des clauses contractuelles liées à la répartition et à la prise en charge des risques ou encore des prestations comprises ou non dans un forfait. Enfin, des différends peuvent régulièrement naître en raison d'une mauvaise définition des besoins (13 %) ⁵⁹⁹, surtout en cas de non-conformité des études préalables ou d'insuffisance du DCE, ou de la procédure de passation (13 %) ⁶⁰⁰, comme le rejet d'une offre, une contestation d'une analyse des offres ou encore une infructuosité.



Figure 2.20 : Motifs de différends liés aux risques selon les sondés

Pour finir, il ressort des sondages que les principaux obstacles rencontrés par les participants dans leur résolution des différends liés aux risques sont les difficultés pour les parties de dialoguer et de s'accorder sur une solution équitable (38,9 %) ⁶⁰¹. Deux autorités contractantes du panel de l'enquête quantitative regrettent cette situation qui s'explique généralement par la délicatesse qu'exigent les relations humaines. Les positions tranchées des deux parties peuvent souvent dégrader la gestion d'un projet dans la suite de l'exécution du contrat. Cet aspect humain se retrouve dans le deuxième frein relevé par les sondés (22,2 %) ⁶⁰² : la réticence pour les parties de reconnaître leur responsabilité, notamment des autorités contractantes, des élus, des maîtres d'œuvre ou des représentants de l'État. Toutefois, ce résultat doit être relativisé puisque seuls les opérateurs économiques l'ont soulevé. Les délais ⁶⁰³ et coûts des procédures sont également évoqués par 4 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques (33,3 %), ainsi que les modalités d'indemnisation pour 2 autorités contractantes et 2 opérateurs économiques (22,2 %).

⁵⁹⁹ Soit 3 participants sur 23 : 1 autorité contractante et 2 opérateurs économiques.

⁶⁰⁰ Soit 3 participants sur 23 : 3 autorités contractantes.

⁶⁰¹ Soit 7 participants sur 18 : 6 autorités contractantes et 1 opérateur économique.

⁶⁰² Soit 4 participants sur 18 : 4 opérateurs économiques.

⁶⁰³ Un sondé confie que ceci peut créer une autre difficulté, celle de la garantie de la continuité du service.

§II. Les solutions innovantes : *dispute board* ou comites de règlement des différends

Retours d'expériences. Au-delà des cas classiques de résolutions des différends, 5 enquêtés ont souhaité partager, dans le cadre des entretiens, leur expérience de solutions innovantes amiables de gestion des risques et des différends qui en résultent.

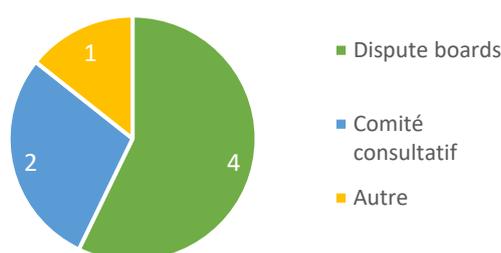


Figure 2.21 : Intérêt pour d'autres techniques de résolution des différends en matière de répartition et de gestion des risques⁶⁰⁴

Dispute boards ou comités de résolution des différends. Les *dispute boards* sont des comités de règlement des différends amiables prévus par le contrat pour le projet qu'il porte et mis en place avant tout différend⁶⁰⁵. Importés des modèles anglo-saxons et américains de gestion de l'exécution des contrats, ces comités sont de plus en plus fréquents dans les grands projets d'infrastructures ou de réseaux afin d'accélérer le traitement des réclamations des titulaires⁶⁰⁶. À l'exception d'un avocat défavorable à toute commission d'experts et de *dispute boards*⁶⁰⁷, les enquêtés témoignent de l'utilité de ces organes dans la gestion des risques. En effet, une autorité contractante confie que cette instance permet de « *dédramatiser les risques d'exécution* » et de favoriser la discussion et l'échange entre les parties en vue de la résolution des conséquences créées par la survenance d'un risque. Pour autant, cet enquêté ne saurait

⁶⁰⁴ La section « Autre » prend en compte une pratique d'accompagnement des titulaires mentionnée par un des enquêtés. Cette méthode est à la fois une technique de résolution des différends et une technique de gestion et de prévention des risques (voir *infra*).

⁶⁰⁵ À noter : dans les réponses aux sondages, 1 autorité contractante et 2 opérateurs économiques ont indiqué recourir à des *dispute board* dans certains de leurs contrats de la commande publique. Ceci ne représente que 7,9 % des répondants.

⁶⁰⁶ La Chaire a déjà pu traiter des *dispute boards* dans le cadre de son rapport sur la modification des contrats de la commande publique, disponible sur son site internet.

⁶⁰⁷ Pour lui, seule l'autorité contractante doit contrôler le règlement amiable des différends, car les opérateurs économiques savent mieux convaincre que les autorités contractantes.

évaluer concrètement l'apport de cette pratique, car tout dépend surtout de la méthode de gestion des contrats et des litiges de chaque structure publique. Avant l'instauration de tels comités pour certains de leurs contrats, les différends liés aux risques se résolvaient également bien avec une volonté commune des parties de dénouer au maximum la situation par voie d'avenants avant la fin du contrat.

Du côté des opérateurs économiques, ceux-ci sont plutôt satisfaits de ces procédés. En effet, comme le relève l'un d'entre eux, *« les membres du comité peuvent dire la vérité au maître d'ouvrage et, comme les membres du comité sont des tiers compétents qui n'ont par conséquent pas d'intérêts personnels, leurs propos sont pris au sérieux et permettent l'adoption d'une décision pertinente rapidement »*. De plus, ces comités ont l'avantage de ne pas être enfermés dans des formalismes stricts comme le sont les CCIRA ou le CCNRA, ou encore les juridictions administratives. Or, comme l'explique un enquêté :

« L'urgence est déterminante lorsque survient un risque et plus on tarde à prendre une décision, plus les risques s'aggravent. Donc, si on ne se met pas d'accord rapidement sur la personne qui doit payer, les conséquences deviennent de plus en plus importantes alourdissant encore plus le bilan financier du projet. Dans ce cadre, le comité peut être mobilisé rapidement et va proposer rapidement des solutions sans perdre trop de temps pour l'instruction. La décision sera rapide et opérationnelle, dans l'intérêt des parties. »

Comité consultatif de résolution des difficultés opérationnelles. Dans le cadre des entretiens, un avocat a mentionné l'existence de comités consultatifs de résolution des difficultés opérationnelles aux États-Unis dans le secteur de la construction et du BTP dont la fonction est de trancher en quelques jours, parfois dans l'urgence en 24 heures, un conflit résultant de la survenance d'un risque en cours d'exécution d'un contrat. Ce comité (constitué de spécialistes du secteur et de quelques juristes) émet des avis purement consultatifs non juridiques. Ce sont des avis strictement opérationnels dans le souci de garantir la réalisation du projet dans les meilleures conditions. Si à l'issue de la lecture de l'avis une partie est insatisfaite, la voie contentieuse lui est ouverte. L'avocat interrogé reconnaît les vertus de ce système aux États-Unis mais craint qu'en France les autorités contractantes ne suivent pas ces avis si elles estiment qu'ils leur sont défavorables, à l'instar des avis des CCIRA ou des CCNRA.⁶⁰⁸

⁶⁰⁸ Des critiques sur ce point ont déjà été formulées dans le cadre des recherches sur la modification des contrats de la commande publique par la Chaire.

Pour autant, un « guichet unique pour les maîtres d’ouvrage » serait une bonne idée selon un opérateur économique à condition que ces instances soient souples, sans trop de formalisme et que les membres soient, hormis d’être compétents, soumis à des obligations de confidentialités. En outre, il préconise que ce comité extérieur ne doive pas être juridique, mais opérationnel pour favoriser la défense du projet et non des parties et que ce comité soit impérativement un collège de spécialistes variées et utiles au secteur de la construction et du BTP, sans pour autant qu’il ne soit composé de trop de membres. En tout état de cause, une dernière précaution doit être prise : « *ce comité ou guichet unique ne doit pas avoir pour effet de déresponsabilisé les acteurs* ».

Pédagogie. Enfin, une dernière pratique a été rapportée par une autorité contractante dans la gestion non contentieuse d’un risque à la suite de sa survenance : la pédagogie. Précisément, l’autorité contractante explique avoir ordonné la suspension de certains chantiers, à la suite d’accidents, et a organisé une journée de formation à la sécurité sur l’ensemble des chantiers. L’objectif était pour elle de « *de rassembleur pour dédramatiser et essayer de mieux comprendre les aménagements que nous devons faire auprès des titulaires et autres organismes pour renforcer la sécurité* ».

Synthèse. En définitive, il ressort des propos de ces 5 participants un intérêt majoritaire des praticiens de résoudre les différends résultants de la survenance d’un risque par un comité d’experts propre au projet dans le cadre de *dispute boards*, voire pour 2 d’entre eux par un comité extérieur au contrat (dont il convient encore de définir l’organisation, la structure et les compétences matérielles et territoriales) dont l’objet serait d’émettre des avis strictement opérationnels (non juridiques) et de favoriser la résolution consensuelle d’un différend dans l’intérêt du projet et non pas de l’une des parties.

RÉSUMÉ D'ÉTAPE N° 3

Dans le cadre des enquêtes qualitative et quantitative, les participants expliquent ne pas rencontrer de nombreux contentieux juridiques liés à la répartition et à la gestion des risques. En raison des délais de traitement des dossiers juridiques et des coûts qu'emportent les expertises et la défense, la résolution amiable est privilégiée et se développe considérablement ces dernières années. Cette technique est approuvée par une majorité des enquêtés qui constatent une meilleure compréhension réciproque des parties à mesure du développement de ces procédés amiables. Toutefois, les médiations opérées par les CCIRA et le CCNRA demeurent critiquées par plusieurs interviewés, quelle que soit leur qualité (avocat, autorité contractante, opérateur économique).

Par ailleurs, l'enquête qualitative a été l'occasion pour 5 enquêtés de présenter d'autres modalités de règlement des différends liés à la gestion d'un risque : *les dispute boards* ou comités de règlement des différends (propres à chaque projet et dont la pratique satisfait globalement les structures interrogées du fait de la rapidité du traitement des difficultés rencontrées) et le comité consultatif de résolution des difficultés opérationnelles (présent aux États-Unis, il permettrait d'émettre des avis opérationnels, non juridiques, rapidement pour résoudre des difficultés résultant de la survenance d'un risque).

Section 4 : Les attentes des interviewés sur la répartition et le traitement des risques dans la commande publique

Libres-propos des enquêtés. Dans le cadre de l'enquête qualitative, chaque entretien se concluait par de libres-propos de l'interviewé dans lesquels il pouvait partager ses attentes en matière de répartition et de gestion des risques. Parmi l'ensemble des participants aux entretiens, 17 ont souhaité mentionner quelques attentes pour améliorer la répartition et le traitement des risques dans les marchés et les contrats de concession.

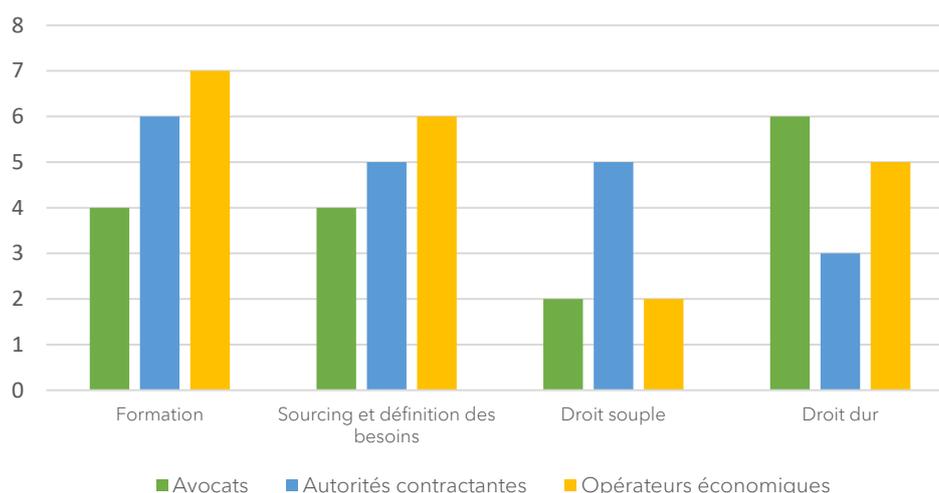


Figure 2.22 : Attentes des interviewés en matière de répartition et de gestion des risques

De leur côté, les sondés ont été nombreux à partager des attentes tant opérationnelles que juridiques⁶⁰⁹ en matière d'identification et d'évaluation des risques (52,3%)⁶¹⁰, de répartition des risques (53,8%)⁶¹¹ et de gestion des risques (35,4%)⁶¹². Une minorité d'entre

⁶⁰⁹ Précisément, 6,1 % des sondés ont exprimé avoir des attentes exclusivement d'ordre juridique, contre 18,4 % d'ordre opérationnel et 75,5 % d'ordre juridique et opérationnel.

⁶¹⁰ Soit 34 participants sur 65 : 2 avocats, 21 autorités contractantes et 11 opérateurs économiques.

⁶¹¹ Soit 35 participants sur 65 : 2 avocats, 15 autorités contractantes et 18 opérateurs économiques.

⁶¹² Soit 23 participants sur 65 : 3 avocats, 17 autorités contractantes et 3 opérateurs économiques.

eux a confié souhaiter des évolutions juridiques et/ou opérationnelles pour la couverture des risques (23,1%)⁶¹³.

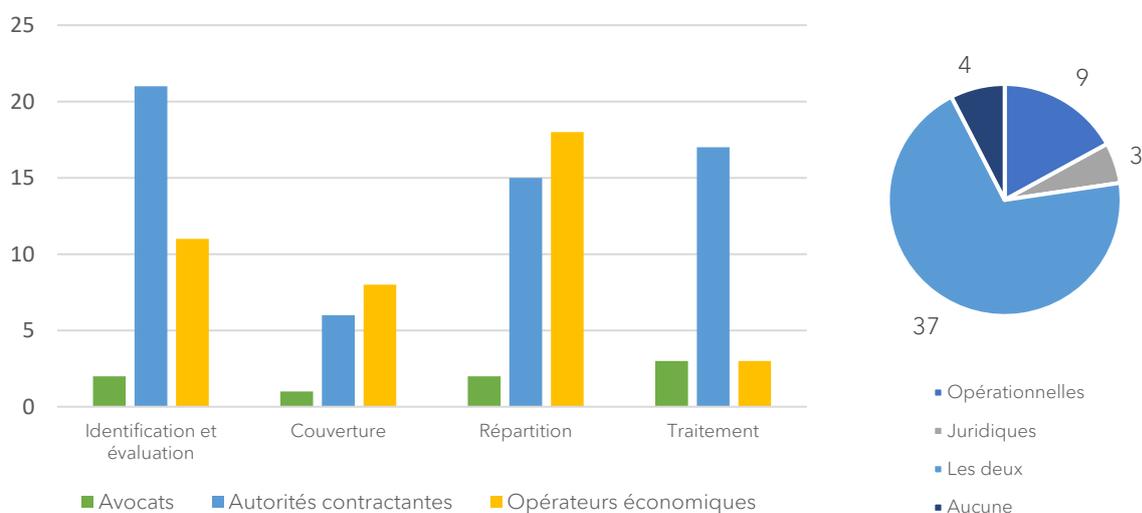


Figure 2.23 : Attentes des sondés en matière de répartition et de gestion des risques

Attente opérationnelle : former les juristes et les juges. Principalement, les attentes en matière de risques sont d'ordre opérationnel avec un besoin de formation tant au niveau des agents des autorités contractantes, que des juges. À ce titre, les propos d'un avocat interviewé apportent un éclairage utile pour comprendre le besoin de formation des juristes :

« La bonne appréhension des risques dans un projet sera surtout liée à la bonne connaissance des juristes de la technique et de l'économie. C'est ce qui pêche le plus dans la gestion contractuelle en France, aujourd'hui : il y a une scission forte entre les connaissances économiques, juridiques et techniques. Le juriste doit s'imprégner de ces trois pans, sinon il ne pourra rédiger de bons contrats équilibrés. Il faut mettre les moyens pour que les juristes passent du temps pour comprendre la technique et l'économie-finance. »

Un avocat surenchérit, dans un autre entretien, en pointant le fait que la perception des risques entre le secteur public et le secteur privé s'explique par la nature même du secteur public :

⁶¹³ Soit 15 participants sur 65 : 1 avocat, 6 autorités contractantes et 8 opérateurs économiques.

« La notion de gestion des risques est moins présente dans le secteur public peut-être parce que l'on considère, à tort, que l'État est son propre assureur et qu'il a les moyens. Le privé est plus conscient du risque et de la nécessité de le gérer pour éviter des répercussions financières désastreuses. Ajoutons à cela le fait que, dans les collectivités, il y a un turn-over important et où les agents changent régulièrement de poste, la montée en puissance des compétences n'est pas évidente pour la structure publique qui connaît une vraie perte de compétences. Certaines collectivités pensent même ne pas avoir besoin de spécialiste en la matière puisqu'elles recourent à des contrats globaux. Mais comment mener à bien un projet si tout repose sur le titulaire, même la connaissance de la gestion des risques ? Ceci est contreproductif pour la collectivité publique, d'autant qu'avec l'augmentation des obligations environnementales et des objectifs de performances écologiques, il devient de plus en plus important d'avoir des juristes et des financiers formés à la gestion des risques. »

Un opérateur économique interviewé fournit des exemples concrets pour améliorer la connaissance des agents du secteur public :

« Le secteur public n'a pas la même rationalité que le secteur privé. C'est normal, mais c'est à leur détriment de ne pas penser comme les opérateurs économiques. Comment faire mieux, vous allez me demander ? Il faudrait plus de passerelles entre les deux secteurs pour mieux piloter les contrats. Il faudrait aussi, parfois, des formations ou des exercices pour répondre à des offres. Ils ne seront jamais positionnés vu que ce sont des acheteurs, mais c'est en effectuant cet exercice qu'ils se rendront compte des difficultés que génèrent le provisionnement du risque et le chiffrage du risque, sans oublier la pression concurrentielle obligeant à baisser les coûts. Les autorités contractantes ne sont pas habituées à être mises dans cette position-là. Le décloisonnement serait bon pour améliorer le partage des risques : il ne doit pas y avoir d'asymétrie des informations, il faut comprendre le cocontractant, et savoir comment il chiffre ses risques.

De leur côté, les opérateurs économiques doivent faire preuve aussi de pédagogie auprès des autorités contractantes. C'est difficile de savoir le coût financier réel et transparent d'une clause contractuelle. Les opérateurs économiques doivent être pédagogues et transparents sur le coût d'une clause. Le fait de reposer sur un CCAG ou d'y déroger a un coût. Ceci permettre de contracter en toute

connaissance de cause alors qu'aujourd'hui on contracte avec beaucoup d'angles morts. »

Ce dernier point est partagé par un autre opérateur économique du panel de l'enquête qualitative. Il explique que les risques sont fortement pris en compte dans le coût prévisionnel. Puisqu'il y a un coût prévisionnel dans l'offre, il faut l'accompagner d'explications tenant aux dispositifs techniques. Un lien important entre le coût prévisionnel et le dispositif technique doit être fait, car le maître d'ouvrage aurait tendance à ne pas accepter l'évolution du coût en fonction de l'évolution technique. Une difficulté est toutefois soulevée par cet interviewé, à savoir la possibilité et l'opportunité de prendre en compte les risques dans l'attribution du marché, de faire de la prise en compte des risques (l'évaluation et la gestion) un document contractuel. Si c'est pertinent, il se demande comment on pourrait intégrer l'évaluation et la gestion des risques au stade des offres et de l'attribution.

Dans le cadre des sondages, 3 autorités contractantes et 1 opérateur économique ont également témoigné de la nécessité de former les praticiens à l'appréhension du risque ainsi qu'à sa gestion, en particulier du côté des acheteurs et des autorités concédantes. En effet, 2 autorités contractantes confient un manque de moyens (financiers, matériels et humains) pour l'appréhension, la répartition et le traitement des risques dans de nombreux organismes publics. L'un de ces témoignages illustre la vision de certains acheteurs :

« Ces thématiques [du risque] ne sont pas mises en avant dans notre structure. Ce n'est pas une priorité de notre division. Les agents sont en sous-effectifs, ils travaillent dans l'urgence. Ils connaissent très bien leur travail, mais ils gèrent les risques lorsqu'ils surviennent, sans les anticiper ou les prévenir réellement. Ils ne voient pas l'intérêt de perdre du temps sur ce sujet, quand bien même nous avons déjà pu être heurtés à des risques qui auraient pu être anticipés ou que, en raison d'un non-partage des risques, le nombre de soumissionnaires à nos consultations a pu être assez bas. »

C'est pourquoi ces participants insistent sur la nécessité de former au *risk management* et au *contract management* leurs agents afin d'améliorer l'efficacité et la sécurité de la commande publique. En outre, l'opérateur économique relève que la formation des agents des autorités contractantes pourrait se permettre notamment d'expliquer « *les bénéfices pour le service public d'une répartition équitable et raisonnable des risques imposés aux entreprises* ».

Ce constat d'un besoin en formation ne se limite pas aux juristes du secteur public, mais s'étend aux juridictions pénales. Une autorité contractante interviewée souligne la faible connaissance et la maîtrise du droit de la commande publique par les juridictions pénales :

« Le droit pénal et le droit de la commande publique ne s'écoulent pas. Pire, le juge pénal fait fi de la définition juridique du conflit d'intérêts en retirant l'élément intentionnel de l'infraction. »

Un avocat appuie, dans un entretien, cette attente en rapportant que :

« Le juge pénal n'aime pas la responsabilité pénale des personnes morales et préfère condamner une personne physique sans se soucier des conséquences sur sa carrière, non plus se préoccuper du droit de la commande publique. L'infraction pénale est alors une terreur pour les responsables publics et le seul moyen pour eux de ne pas engager leur responsabilité pénale est de dire non : dire oui les expose, dire non les protège. »

Puisqu'une modification législative n'apporterait pas de véritables changements, des formations des magistrats du siège et du parquet pourraient être une solution plus pertinente pour éviter d'accroître les risques pénaux en matière d'éthique de la commande publique⁶¹⁴.

Attente opérationnelle : améliorer la définition des besoins. La définition des besoins est majoritairement reconnue comme étant un outil efficace pour réduire les risques lors de l'exécution du contrat. Seulement, il faut que les autorités contractantes améliorent leur définition des besoins en n'hésitant pas à user du sourçage. Une autorité contractante souligne, à ce propos, que la notion de risque dépend de la connaissance des secteurs d'activités : *« le sourçage est alors un mécanisme déterminant dans l'identification des risques pour comprendre les enjeux d'un secteur et le sérieux des entreprises sur ce secteur visé »*. Dans le même sens, pour un opérateur économique interviewé, la professionnalisation par métier ou par grand secteur d'activité des acheteurs publics est également un élément pertinent pour mieux gérer la répartition des risques car :

« Le risque est différent d'un secteur à un autre. On n'achète pas un bâtiment comme on achète un data center. On ne peut traiter le risque avec une autorité

⁶¹⁴ Au regard du principe d'indépendance des juridictions, la publication de guides ou de lignes directrices ne semble pas envisageable tant juridiquement que politiquement. Ceci pourrait même s'avérer en pratique contreproductif si les juridictions pénales perçoivent ceci comme étant une violation de leur indépendance, voire une remise en cause de leur propre jurisprudence et donc de la Justice elle-même.

contractante que si on accepte de discuter, justement, du risque en amont via le sourcing et en aval par la négociation. Il ne faut pas croire qu'en appel d'offres on puisse traiter le risque avec la verticalité d'une telle procédure. »

Par ailleurs, un avocat s'étonne lors des entretiens que les autorités contractantes se réfugient derrière la connaissance de l'art des grandes entreprises de construction et de BTP pour leur imposer un risque important dans le cadre de certains marchés de travaux. La présence de clause excluant la responsabilité de l'autorité contractante en cas d'erreurs dans les données, notamment géotechniques, et transférant l'intégralité des risques liés à l'opérateur économique témoignerait, selon cet avocat, d'une méconnaissance de l'organisation d'une entreprise et du secteur des travaux publics dont la marge bénéficiaire est en moyenne de 5,00 % par projet : « les grands groupes ne sont pas infailibles et ne peuvent pas tout prévoir et tout connaître, les acheteurs ont une responsabilité dans les informations qu'ils communiquent ».

Enfin, selon une autorité contractante et un opérateur économique interviewés, des matrices sectorielles mises en place par la DAJ pourraient être également une piste de réflexion utile pour aider les acheteurs et les autorités concédantes dans la conception de leur contrat.

Attente juridique : ouvrir à la discussion ou à la négociation la répartition et la gestion des risques. Il ressort de nombreux entretiens un besoin de discuter la répartition et la gestion des risques lors de la passation et aussi lors de l'exécution du contrat, tant en marché qu'en concession. Dans le cadre de la passation, ceci nécessiterait une réforme des directives 2014/23/UE et 2014/24/UE pour que les pouvoirs adjudicateurs puissent recourir plus facilement à la discussion ou à la négociation avec les opérateurs économiques afin de pouvoir discuter plus facilement de la répartition des risques et d'inscrire les relations contractuelles dans une dynamique de véritable partenariat entre les parties à l'écoute des attentes et des objectifs de chacune d'elles⁶¹⁵. À ce titre, deux enquêtes relèvent que l'ouverture à la discussion ou à la négociation ne signifierait pas de mettre de côté les obligations de transparence des procédures et d'égalité de traitement des candidats. Un cadre clair pour mener de telles discussions ou négociations peut se concilier avec ces obligations et les procédures avec négociation ou les dialogues compétitifs en sont la preuve. Ces deux participants ajoutent que ceci devrait même être obligatoire pour tout projet d'une certaine importance financière ou lorsqu'un marché s'exécute sur une période de plusieurs années, peu importe la procédure.

⁶¹⁵ La Chaire de droit des contrats publics produira en 2024 un rapport sur le bilan des directives de 2014 et leurs perspectives de réforme.

S'agissant de la phase d'exécution, une autorité contractante souligne les vertus de la discussion lors de l'exécution du contrat, notamment à travers la comitologie, pour la pérennité d'un projet :

« Nous nous rendons compte que le meilleur remède pour gérer les risques en cours d'exécution, c'est la communication. Plus nous intégrons d'endroits et de moments de discussion (de comitologie) moins nous rencontrons de problème et mieux nous gérons le risque. En fait, il ne faut pas attendre le dernier moment pour régler les problèmes. Ceci nous évite à la fin d'avoir des problématiques importantes à gérer. De plus, c'est apprécié par nos titulaires d'avoir de tels lieux de rencontre pour prendre en considération ou non leurs demandes, tant que c'est argumenté. La gestion du risque passe par une communication et une écoute des parties. Il faut retrouver une logique partenariale dans la commande publique : ce n'est pas l'administration qui passe un marché avec un titulaire qui ensuite l'exécute. Il faut de la discussion. Il faut des temps d'échanges lors de l'exécution, mais aussi en amont dans la construction des cahiers des charges. »

L'idée d'instaurer des *dispute boards* ou comités de règlement des différends dans certains projets, au regard de leur complexité ou de leur importance, est d'ailleurs accueillie par 5 enquêtés. Un avocat regrette d'ailleurs de constater *« les désastres économiques causés par un excès de formalisme et un cadre trop rigide et inadapté du Code de la commande publique et des directives »*.

Attente juridique : rétablir la bonne foi contractuelle. Toujours dans cette recherche d'équilibre et de coopération entre l'autorité contractante et l'opérateur économique, 5 interviewés (3 opérateurs économiques et 2 avocats) insistent sur la nécessité de rétablir la bonne foi contractuelle non seulement dans les textes ou la jurisprudence, mais surtout dans la pratique. Un opérateur économique milite en ce sens :

« Il faut rétablir la notion de bonne foi dans les contrats de la commande publique avec un devoir de loyauté et un devoir de coopération pour sortir d'une relation déséquilibrée. Le partenariat est indispensable pour retrouver un équilibre dans les relations contractuelles et les risques entre les parties. Ceci passe également, en pratique, par le fait de revoir la place du critère du prix pour ne plus le porter vers le bas et de mieux garantir le risque. »

Ce constat est partagé par un avocat qui insiste sur l'absence de bonne foi dans l'exécution contractuelle :

« Alors que le Code civil prévoit la bonne foi contractuelle en droit privé, une règle d'ordre public, le Code de la commande publique l'ignore et fait fi de toute un pan de l'esprit d'un contrat. Le Conseil d'État s'estime être au-dessus de la loi et considère que la bonne foi n'est pas une obligation, sauf dans le cadre d'un recours Béziers. Or, par exemple, dans l'exécution d'une clause d'assistance pour l'obtention d'autorisations administratives ou d'une clause de règlement amiable, si la personne publique refuse de les respecter, aucune sanction ne peut être entreprise à son encontre. Le seul recours envisageable est le recours indemnitaire. Encore faut-il évaluer le préjudice. »

Un autre opérateur économique regrette un manque de rationalité dans les garanties demandées lors des appels d'offres et dans la notation. Il confie que la prise de risque est un critère de notation dans les appels d'offres, mais que l'évaluation s'effectue surtout sur des garanties financières et non sur les garanties relatives à la gestion opérationnelle d'un service public ou d'un ouvrage. En somme, l'évaluation s'effectue sur des risques non opérationnels : *« le contrat est à peine conclu qu'il repose déjà sur une bonne foi discutable »*. Un autre enquêté ajoute que la loyauté dans l'exécution du contrat impose d'assumer et de respecter la répartition des risques, sans tentative de modification de cet équilibre, que ce soit par l'autorité contractante ou par le titulaire.

Enfin, dans le cadre des sondages, une autorité contractante recommande de mettre en place des contrôles internes pour prévenir et gérer les risques lors de l'exécution des contrats. De même, un avocat et 2 opérateurs économiques ayant participé aux sondages insistent sur l'utilité d'instituer des moments d'échanges entre les parties en cours d'exécution à des étapes identifiées (pour améliorer la prise de décisions qui auront des effets sur la poursuite du projet, à l'image des *collaborative contracts*⁶¹⁶) ou à des stades d'avancement du projet (25 %, 50 % et 75 % par exemple).

Attente juridique : prévenir la requalification des contrats. Un avocat interviewé partage une attente qu'il rencontre de plus en plus en pratique à mesure que les schémas financiers des concessions se rapprochent de ceux des marchés de partenariat :

⁶¹⁶ Sur les *collaborative contracts*, voir *supra* : Partie 1.

« Dans les nouveaux contrats de concession, les personnes publiques acceptent de verser un loyer financier d'investissement aux établissements bancaires finançant l'opérateur économique dans le cadre du projet en cause. La question fondamentale est celle de savoir si le risque est supprimé ou non par de tels dispositifs puisque la dette de l'opérateur économique est sécurisée via un loyer d'investissement comme dans un marché de partenariat. Il ne faut pas oublier que les directives considèrent que le risque d'exploitation comprend tant les risques d'investissements que les risques de coûts. Dès lors, encore faut-il qu'il y ait un vrai risque sur l'exploitation à travers la conservation du risque des coûts par le concessionnaire. La personne publique ne peut pas tout garantir au risque de requalifier le contrat de concession en marché. »

Ce constat est également dressé par un opérateur économique qui relève également des décisions juridictionnelles qui ne tiennent pas compte de la dualité du risque d'exploitation pour statuer. Des lignes directrices ou un guide de la DAJ, ainsi que des positions claires de la jurisprudence sur les loyers d'investissement seraient alors utiles.

Attente juridique : laisser le contrat comme socle de la répartition et de la gestion des risques. Enfin, une forte majorité des participants estiment que le Code de la commande publique n'a pas à se saisir de la question des risques, son rôle devant se limiter dans le cadre de l'exécution à encadrer la gestion des aléas. Un opérateur économique interviewé insiste alors sur la nécessité de prévoir des clauses de réexamen intelligentes pour gérer au mieux les risques en cours d'exécution. Dans le même sens, deux opérateurs économiques soulignent, lors de l'enquête quantitative, le besoin de plafonner les pénalités et de limiter la responsabilité des titulaires pour équilibrer la répartition des risques. L'un d'eux ajoute l'utilité de nuancer les effets de la jurisprudence *Région Haute-Normandie* qui aggrave les conditions d'assurance des maîtres d'œuvre et les procédures contentieuses en raison de coûts plus onéreux des recherches en responsabilité en particulier en raison de la multiplication des expertises.

Synthèse. En définitive, il ressort des entretiens des attentes opérationnelles reposant principalement sur la formation des juristes (en particulier du secteur public) et des juges et une meilleure définition du besoin de la part des autorités contractantes. S'agissant des attentes juridiques, les enquêtés considèrent que le contrat doit demeurer l'outil de répartition et de gestion des risques. Partant, aucune attente de réforme du Code de la commande publique n'est

pour l'heure nécessaire⁶¹⁷, sauf à ouvrir à la discussion ou à la négociation la répartition des risques, à condition d'avoir en amont modifié les directives 2014/23/UE et 2014/24/UE. Au-delà de cette ouverture à la discussion ou à la négociation des risques, l'attention des enquêtés s'est principalement portée sur le fait de garantir la bonne foi contractuelle et le fait de sécuriser les contrats de tout risque de requalification au regard, par exemple, des loyers d'investissement qui floutent progressivement la frontière entre concession et marché de partenariat.

⁶¹⁷ À l'exception peut-être d'une clarification entre le droit des assurances et le droit de la commande publique. Voir supra : Partie 2, Section 1, §III.

RÉSUMÉ D'ÉTAPE N° 4

Dans le cadre de l'enquête qualitative, il ressort des entretiens des attentes opérationnelles reposant principalement sur la formation des juristes (en particulier du secteur public) et des juges et une meilleure définition du besoin de la part des autorités contractantes. S'agissant des attentes juridiques, les enquêtés considèrent que le contrat doit demeurer l'outil de répartition et de gestion des risques. Partant, aucune attente de réforme du Code de la commande publique n'est pour l'heure nécessaire, sauf à ouvrir à la discussion ou à la négociation la répartition des risques, à condition d'avoir en amont modifié les directives 2014/23/UE et 2014/24/UE. Au-delà de cette ouverture à la discussion ou à la négociation des risques, l'attention des enquêtés s'est principalement portée sur le fait de garantir la bonne foi contractuelle et le fait de sécuriser les contrats de tout risque de requalification au regard, par exemple, des loyers d'investissement qui floutent progressivement la frontière entre concession et marché de partenariat.

A golden scale of justice is the central focus, set against a warm, bokeh background of light. The scale is positioned on the right side of the frame, with its pans hanging from a horizontal beam. The lighting is soft and golden, creating a sense of balance and fairness.

PARTIE 3

PROPOSITIONS DE
RECOMMANDATIONS

Accompagner les acteurs de la commande publique
Moderniser la réglementation

PARTIE 3 : PROPOSITION DE RECOMMANDATIONS

INTRODUCTION

Principaux constats. Les enquêtes qualitatives et quantitatives, réalisées entre janvier 2024 et mars 2024, permettent de dresser plusieurs constats tant en matière d'identification, d'évaluation et de couverture des risques, que de répartition et de gestion des risques.

Identification et évaluation des risques, constats positifs. Tout d'abord, dans le cadre de l'identification et de l'évaluation des risques, outre la capitalisation de leur expérience, les enquêtés soulignent l'importance et la vertu d'une coopération des services (techniques, financiers et juridiques), des spécialistes (conseils juridiques, ingénieurs-conseils, expert en assurance, etc.) et des prêteurs dans la préparation des projets publics. Certains enquêtés insistent, à ce titre, sur le rôle du *risk management* dans l'appréhension des risques. Le développement de postes ou de services de *risk management* apparaît comme un atout pour les autorités contractantes et les opérateurs économiques, surtout que certains enquêtés observent des compétences variables de ses agents d'un organisme public à un autre⁶¹⁸.

Dans le même sens, l'utilité du sourçage est majoritairement reconnue pour accroître la qualité de l'appréhension des risques d'un contrat de la commande publique dès la définition des besoins et mieux anticiper les éventuelles difficultés lors de l'exécution contractuelle. Ces résultats confirment ceux antérieurement recensés par la Chaire dans son deuxième rapport, *Liens entre règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics*⁶¹⁹. En effet,

⁶¹⁸ Des autorités contractantes et des opérateurs économiques ont souligné le manque de formation des agents des personnes publiques (principalement) dans l'appréhension et la gestion des risques.

⁶¹⁹ Rapport publié en 2021, disponible en ligne : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapport-liens-entre-regles-de-passation-et-difficultes-dexecution-dans-les-contrats-publics>.

une faible ou mauvaise connaissance d'un secteur d'activité ou d'un marché et d'un manque d'accompagnement des autorités contractantes par des spécialistes internes ou externes lors de la définition des besoins peut affecter les offres soumises par les opérateurs économiques et la phase d'exécution du contrat. Le sourçage est alors une solution adéquate d'identification et d'évaluation des risques pour qu'une autorité contractante soit assistée de conseils lorsque la complexité, la durée ou le montant de l'un de ses projets l'exige. Cette opération peut également améliorer la répartition des risques et éviter les zones d'ombres des documents de consultation des entreprises. Or, les candidats évaluent et chiffrent les risques d'un projet principalement au regard des informations données par les autorités contractantes dans ces documents de consultation et les clauses du marché ou du contrat de concession mis en concurrence. À ce propos, la présence de certaines clauses est importante dans l'appréhension des risques par les opérateurs économiques qui, en fonction de leur rédaction, de leur présence ou absence vont plus ou moins répercuter la charge du risque dans le prix de leur offre. Tel est le cas, par exemple, des clauses de réexamen ou de rendez-vous permettant de réviser le contrat à la suite de la survenance d'un risque ou à tout le moins permettant d'engager des discussions entre les parties, des clauses de limitation ou d'exonération de responsabilité (tant pour l'autorité contractante que pour le cocontractant), des clauses franchisées⁶²⁰, ou encore des clauses de risques.

Par ailleurs, les études menées par la Chaire témoignent de la pertinence des matrices des risques lors de la préparation d'un contrat par les acheteurs ou les autorités concédantes, et dans la préparation de leurs offres par les opérateurs économiques. D'ailleurs, afin de déterminer l'opportunité de répondre ou non à un appel d'offres, certaines entreprises confient soumettre leurs projets à validation d'un comité interne d'évaluation des risques qui se prononce au regard d'une matrice interne des risques.

Identification et évaluation des risques, constats négatifs. En parallèle, plusieurs difficultés sont rencontrées par les participants aux enquêtes de terrain, en particulier pour déterminer une matrice des risques générale et pour évaluer, chiffrer et répartir certains risques comme le risque politique et le risque pénal en lien avec la probité.

S'agissant des risques politiques, le cocontractant privé n'est pas en mesure de gérer un tel risque. Pourtant, il n'est pas rare que les conséquences financières de la survenance d'un

⁶²⁰ Les clauses franchisées sont des clauses qui ne se déclenchent qu'à partir d'un seuil déterminé. Elles permettent de répartir la charge d'un risque entre les parties en fonction des conséquences financières sur le contrat. En effet, en-deçà du seuil, la responsabilité du risque est à la charge du titulaire et au-delà de l'acheteur.

risque politique, comme des contestations citoyennes interrompant ou perturbant des chantiers, ou l'abandon d'un projet (en cas de limitation de l'indemnité de résiliation par les clauses du contrat), soient à la charge du titulaire ou du concessionnaire. De leur côté, les autorités contractantes ne sont pas forcément à même de pouvoir assumer un tel risque politique, notamment lorsqu'elles ne sauraient pas avoir la maîtrise du recours à la force publique ou quand des motifs d'intérêt général justifient ses décisions affectant le projet. L'identification, l'évaluation, le chiffrage et la répartition d'un tel risque sont donc délicats puisqu'il confronte, d'une part, la force obligatoire des contrats et la volonté des parties, et, d'autre part, la notion d'intérêt général (à considérer le politique comme une émanation de l'intérêt général) et de la mutabilité du service public.

Concernant les risques pénaux, le délit de prise illégale d'intérêts et le délit de favoritisme sont une source d'incertitude en raison d'un manque de compréhension du droit de la commande publique par les juridictions pénales et de la qualification de ces délits principalement par la caractérisation de l'élément matériel⁶²¹. Plus généralement, la formulation de la notion de conflit d'intérêts prévue aux articles L. 2141-10 et L. 3123-10 du Code de la commande publique⁶²² en des termes pouvant être interprétés largement accentue les risques juridiques entourant la passation d'un contrat de la commande publique, ainsi que celle de son exécution au moment de convenir entre les parties de la signature d'un avenant. Comme pour le principe de bonne foi, ce sujet n'est pas exclusivement lié à la gestion des risques du contrat mais il est particulièrement topique ici, car il s'agit d'un risque de nature à affecter la passation

⁶²¹ Pour le délit de favoritisme, l'élément moral est caractérisé non pas par l'intention de nuire (Cass. Crim., 14 déc. 2011, n° 11-82.854), mais par l'accomplissement, en connaissance de cause, d'un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public (Cass. Crim., 14 janv. 2004, n° 03-83.396 ; Cass. Crim., 14 déc. 2005, n° 05-83.898), sans que l'ignorance des règles régissant la passation des contrats de la commande publique ne puisse excuser le prévenu (Cass. Crim., 15 sept. 1999, n° 98-87.588). Il en est de même pour le délit de prise illégale d'intérêts (Cass. Crim., 27 nov. 2002, n° 02-81-581).

⁶²² L'article L. 2141-10 du Code de la commande publique dispose : « *L'acheteur peut exclure de la procédure de passation du marché les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens. Constitue une telle situation toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché.* ». La formulation de l'article L. 3123-10 du Code de la commande publique est analogue. Pour mémoire, le Conseil d'État souligne qu'« *au nombre des principes généraux du droit qui s'imposent au pouvoir adjudicateur comme à toute autorité administrative figure le principe d'impartialité, qui implique l'absence de situation de conflit d'intérêts au cours de la procédure de sélection du titulaire du contrat* » et qu'ainsi, « *[l]'existence d'une situation de conflit d'intérêts au cours de la procédure d'attribution du marché est constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence susceptible d'entacher la validité du contrat* » (CE, 25 nov. 2021, *Société Corsica Network*, n° 454466).

et même l'exécution contractuelle, lorsqu'une modification très substantielle est perçue comme de nature à caractériser cette infraction pénale.

De plus, les opérateurs économiques regrettent la présence quasi-systématique, dans les marchés de travaux ou dans les concessions, de clauses d'exonération de responsabilité des autorités contractantes en cas de non-conformité des données concernant l'état de l'équipement ou l'ouvrage existant ou l'état des sols et sous-sols communiquées par elles dans leurs documents de consultation des entreprises. En effet, certains de ces participants aux enquêtes de terrain dénoncent un manque de fiabilité des études préalables et des données communiquées alourdissant la charge du risque pour le cocontractant en cours d'exécution. Tel est le cas, notamment, lorsque, dans le cadre de travaux publics, les études géotechniques G2PRO (par l'acheteur, le maître d'œuvre ou l'assistance à maîtrise d'ouvrage lors de la définition des besoins ou de la conception du projet) et G3 (par l'entrepreneur en début d'exécution des travaux) comportent d'importants écarts dans l'évaluation des caractéristiques géologiques et géotechniques du sol et du sous-sol. S'il est compréhensible que les données géotechniques évoluent entre les études G2PRO et G3, c'est-à-dire entre la phase de projet (PRO) et la phase de réalisation (REA), et que les candidats provisionnent ces modifications éventuelles dans leur prix, la situation est à reconsidérer lorsque les évolutions de ces données sont substantielles. L'exonération de responsabilité sur ce point, cumulée avec le caractère forfaitaire du prix d'un marché de travaux, réduit les possibilités pour un entrepreneur d'être indemnisé des surcoûts engendrés par un tel risque de non-conformité dont il n'est pas à l'origine.

Enfin, sur l'identification et l'évaluation des risques, un dernier constat est à relever : celui de l'influence des modalités de choix des offres sur l'appréhension du risque. En cas de prépondérance du critère du prix dans la notation des offres, les soumissionnaires seront contraints de sacrifier leurs marges bénéficiaires pour demeurer compétitifs, au risque de ne pas pouvoir réagir convenablement si un risque survient en cours d'exécution par manque de fonds disponibles, sauf à devenir déficitaire sur le contrat en cause⁶²³.

Couverture des risques. Ensuite, concernant la couverture des risques, les enquêtes de terrain attestent que le risque est principalement garanti à travers des provisions dans le prix

⁶²³ Il convient de noter que des risques de déficit sur un ou plusieurs contrats en raison d'une prépondérance du critère du prix dans la notation de l'offre peuvent entraîner plusieurs répercussions sur l'intérêt général : inefficacité de la commande publique, perturbation ou suspension du service public, mise sous sauvegarde de justice d'une entreprise voire liquidation, instabilité économique (selon les secteurs d'activité et le poids économique du titulaire), etc.

de l'offre⁶²⁴, des solutions opérationnelles⁶²⁵ et des assurances. À ce titre, des difficultés assurantielles se constatent dernièrement pour les autorités contractantes, en particulier pour les collectivités territoriales. En effet, tant les enquêtes de la Chaire que celles de la Commission des finances du Sénat⁶²⁶ témoignent d'une augmentation ces dernières années de procédures infructueuses pour des marchés d'assurance⁶²⁷ ou d'offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées des compagnies d'assurances⁶²⁸. Le droit de la commande publique et le droit des assurances seraient déconnectés l'un de l'autre, obéissants chacun à leurs propres logiques d'autant que les deux reposent sur une idée d'adhésion à leurs contrats⁶²⁹. Enfin, les autorités contractantes rencontrent de nombreuses difficultés pour être indemnisées d'un préjudice couvert par une police d'assurance auprès de leurs compagnies d'assurance⁶³⁰.

Répartition et traitement des risques, constats positifs. S'agissant de la répartition et du traitement des risques, la majorité des enquêtes (tant autorités contractantes, qu'opérateurs économiques et avocats) admettent rechercher une répartition équilibrée des risques au regard du principe selon lequel le risque est alloué raisonnablement à la partie étant

⁶²⁴ Cette provision est intégrée au prix de l'offre. Si le risque ne survient pas, l'autorité contractante devra tout de même s'acquitter de ce montant convenu dans le prix de l'offre. Toutefois, des clauses de provision pour risques peuvent être insérées dans le contrat. Ainsi, la provision ne sera due que si l'évènement identifié est réalisé.

⁶²⁵ Il s'agit généralement de plans d'action qui prévoient des solutions concrètes en cas d'apparition d'un risque. Par exemple, en cas de coupure générale d'électricité, il est possible de prévoir des générateurs de secours. Par ailleurs, pour réduire les risques de conflit d'intérêts, la mise en place d'une cartographie des risques avec des lignes de conduite (comme le fait de refuser pour un agent public ou un élu de déjeuner avec des salariés ou représentants d'une entreprise susceptible de postuler à des appels d'offres d'une collectivité) peuvent s'avérer opportunes.

⁶²⁶ Commission des finances, Jean-François HUSSON (rapporteur), *Les problèmes assurantiels des collectivités territoriales*, Paris, Sénat, 28 mars 2024, disponible en ligne sur le site du Sénat: <https://www.senat.fr/travaux-parlementaires/commissions/commission-des-finances/les-problemes-assurantiels-des-collectivites-territoriales.html>.

⁶²⁷ Notamment à cause de la frilosité des assureurs avec l'étendue du patrimoine immobilier des collectivités territoriales, de l'augmentation des risques d'émeutes, des risques civiles et des risques climatiques.

⁶²⁸ Par exemple avec une réévaluation en forte hausse des prix des polices d'assurances sans justification particulière ou l'augmentation du phénomène par lequel les assureurs émettent de plus en plus de réserves aux cahiers des charges pour y déroger et faire prévaloir leurs propres conditions au détriment du droit de la commande publique et des exigences des acheteurs.

⁶²⁹ Les sondages en ligne relativisent ce constat : 13 autorités contractantes sur 26 reconnaissent rencontrer des difficultés pour se faire assurer. Toutefois, 2 autorités contractantes ayant répondu ne pas en rencontrer précisent, l'une, ne pas être concernée (car elle est son propre assureur) et, l'autre, connaître ces derniers temps difficultés. En effet, cette dernière explique : « *Mais, on constate de plus en plus de difficultés pour la passation de nos marchés publics d'assurance avec des domaines où il n'y a plus qu'un seul prestataire qui candidate voire des domaines où nous avons des infructueux* ». Finalement, 14 autorités contractantes sur 26 reconnaissent rencontrer des difficultés en matière assurantielle. Ceci représente donc un peu plus de 50 % des sondés. Toutefois, les résultats du rapport de la Commission des finances du Sénat sur les problèmes assurantiels des collectivités territoriales publié le 28 mars 2024 confirment ce constat. Pour plus de précisions sur l'adéquation entre le droit de la commande publique et le droit des assurances, voir *infra*.

⁶³⁰ Par exemple : absence de réponses des assureurs, multiplication des mesures d'expertise, lenteur du traitement des dossiers.

à même de le supporter, de l'assumer⁶³¹. Cet équilibre nécessite aussi une acceptation consciente et éclairée par les parties des risques dont elles ont la charge. Le choix dans la répartition des risques par les autorités contractantes répond à différents impératifs, en particulier techniques, financiers et de ressources humaines, ainsi que de considérations politiques⁶³².

En outre, la répartition des risques se matérialise généralement dans le contrat, non pas à travers une matrice des risques, mais par des clauses contractuelles⁶³³. Les clauses contractuelles sont souvent perçues comme plus précises que des matrices, expliquant le désintérêt majoritaire des enquêtés pour ces derniers⁶³⁴. Ainsi, la clarté des clauses est indispensable pour une répartition adéquate des risques, même si les petits acheteurs rencontrent des difficultés en ce sens en raison de manque de moyens financiers, techniques et humains. Notamment, une répartition équilibrée des risques peut être trouvée grâce à l'insertion de clauses de plafonnement de responsabilité dans les contrats de la commande publique. En effet, la jurisprudence admet la validité des clauses de plafonnement de responsabilité⁶³⁵, tant que l'économie du contrat n'a pas été conçue afin de produire des effets voisins à un renoncement total de responsabilité de la part de l'autorité contractante⁶³⁶. Ces clauses peuvent évidemment stipuler, afin de préserver l'autorité contractante, que le cocontractant ne peut se

⁶³¹ Une minorité d'autorités contractantes ayant participé aux enquêtes confient privilégier le transfert maximal des risques sur les cocontractants privés, malgré la hausse du prix de l'offre que ceci implique.

⁶³² Tel est le cas, notamment, dans les collectivités territoriales lorsque l'exécutif n'entend pas privatiser un service.

⁶³³ Ces clauses peuvent être, par exemple : des clauses prévoyant des franchises, des clauses instaurant un plafonnement ou un bornage, des clauses prévoyant une indemnisation lors de la survenance de certains risques, des clauses prévoyant l'engagement d'une provision lors de la survenance d'un risque, des clauses de limitation ou d'exonération de responsabilité de l'une des parties, des clauses de réexamen ou de rendez-vous, des clauses pénales, des clauses d'imprévision, etc.

⁶³⁴ Les sondages confirment ce constat. Si 1 autorité contractante et 7 opérateurs économiques contractualisent leurs matrices des risques (soit 8 sondés sur 47, c'est-à-dire 17 %), 19 autorités contractantes, 5 opérateurs économiques et 1 avocat ne recourent pas à une matrice des risques (soit 25 sur 47, c'est-à-dire 53 %). Toutefois, 6 autorités contractantes, 6 opérateurs économiques et 1 avocat (soit 13 sur 47, c'est-à-dire 27,6 %) utilisent des matrices des risques mais ne la contractualisent pas.

⁶³⁵ CE, sect., 29 juin 1973, *Min. Équipement et Logement c/ Sté parisienne pour l'industrie électrique*, n° 82938 ; CE, 28 sept. 2011, *Communauté de communes du canton de Segre*, n° 337692 ; TA Cergy-Pontoise, 15 juil. 2014, *CROUS de Versailles c/ Société Socotec*, n° 1200253.

⁶³⁶ CE, sect., 28 janv. 1998, *Société Borg Warner*, n° 138650 : « Mais considérant que les dispositions précitées de l'article L. 316-2 du code des communes, qui dérogent au principe de la liberté contractuelle, doivent être interprétées strictement ; que, ne visant expressément que les clauses par lesquelles une collectivité locale renonce à exercer une action en responsabilité, elles ne s'appliquent pas aux clauses qui se bornent à prévoir un aménagement ou une limitation de la responsabilité du cocontractant ; qu'il n'en irait autrement que dans le cas de clauses qui, tout en se présentant comme prévoyant seulement un aménagement ou une limitation de la responsabilité, auraient un contenu et une portée dont le rapprochement avec les autres éléments pertinents de l'économie du contrat ferait apparaître qu'elles auraient été conçues pour produire un effet voisin de celui d'une clause de renonciation. » Voir également : Eric POURCEL, « Petit rappel concernant la responsabilité du maître d'œuvre à l'égard des maîtres publics d'ouvrage », *Construction – Urbanisme*, 2012, n° 12, étude 12.

prévaloir de la clause de plafonnement de responsabilité lorsque les dommages subis résultent d'une faute lourde de celui-ci⁶³⁷.

Par ailleurs, une tendance majoritaire auprès des participants aux enquêtes de terrain (à la fois des autorités contractantes, des opérateurs économiques et des avocats) manifeste leur souhait d'ouvrir à la négociation la répartition des risques lors de la passation des marchés ou des contrats de concession soit en recourant plus régulièrement aux procédures avec négociation, soit en permettant dans les appels d'offres des phases de discussion ou de négociation⁶³⁸. Une telle ouverture à la négociation est attendue uniquement pour certains contrats au regard de leur technicité, de leur ampleur, de leur durée ou de leur montant. De même, certains risques sont difficiles à maîtriser comme les risques relatifs à la délivrance d'une autorisation administrative ou urbanistique, d'autant plus lorsque l'autorité contractante n'est pas compétente pour délivrer l'autorisation demandée. Plusieurs d'entre eux reconnaissent aujourd'hui les vertus de la négociation, lorsque la procédure et le DCE le permettent, de la répartition des risques. La négociation permettrait de réduire le prix final des offres soumises par le rééquilibrage de la répartition des risques et d'améliorer l'efficacité du projet. Toutefois, certains enquêtés demeurent prudents face à l'accroissement de la négociation sur la répartition du risque. Ils relèvent d'éventuelles distorsions à la concurrence qu'emporterait une telle pratique. Alors que, théoriquement, la négociation offrirait un moyen d'équilibrer la répartition des risques entre les parties, celle-ci pourrait, en réalité, conduire à plus de déséquilibres lorsque négocient des soumissionnaires aux capacités financières plus importantes qui, pour obtenir un marché ou une concession, auraient plus de facilité à accepter certains risques qu'une petite ou moyenne entreprise. De plus, l'élargissement de la négociation inquiète certains enquêtés par les difficultés d'assurer l'égalité de traitement des candidats. Cependant, pour d'autres, l'égalité de traitement peut être garantie à travers la mise en place, lors des négociations, d'ateliers de discussions sur la répartition et la gestion des risques entre les candidats admis à négocier.

Enfin, dans le cadre de la répartition des risques et de leur gestion, un besoin de reconnaissance du principe de bonne foi dans la commande publique se constate notamment par la loyauté des échanges et des informations ou données communiquées lors des procédures de mise en concurrence, ainsi que par une coopération active des parties lorsque survient un

⁶³⁷ Sylvain Merenne, « Responsabilité du diagnostiqueur amiante à l'égard du maître d'ouvrage », concl. sur TA Cergy-Pontoise, 15 juil. 2014, *précité*, CP, 2014, n° 148, p. 66-70.

⁶³⁸ Les résultats des sondages en ligne confirment cette tendance. Y sont favorables : 21 autorités contractantes (contre 4), 11 opérateurs économiques (contre 7) et 3 avocats (contre 1). Ainsi, 35 sondés sur 47 (soit 74,5 %) sont favorables à une ouverture à la négociation de la répartition des risques.

événement affectant la bonne exécution du marché ou du contrat de concession. Il est certain que la notion de bonne foi n'est pas propre à la question de la gestion des risques contractuels. Mais elle trouve particulièrement à s'appliquer dans ce domaine, au point qu'il n'est pas incohérent de la prévoir à ce stade, même si elle avait vocation à s'étendre au-delà. La coopération qu'il implique pourrait se manifester à travers des espaces de discussion ou des comités de règlement des différends institués par le contrat lui-même, des solutions perçues comme pertinentes et utiles par les praticiens pour surmonter les effets de la concrétisation d'un risque en cours d'exécution.

Répartition et traitement des risques, constats négatifs. En revanche, les recherches soulignent une faible compréhension mutuelle entre le secteur public et le secteur privé, notamment en raison d'une compréhension des forfaits proposés par les maîtres d'œuvre comme étant des forfaits « tout inclus » par les maîtres d'ouvrage⁶³⁹. Il ressort une différence de rationalité et de culture entre les deux secteurs. Des formations avec une mise en pratique seraient, selon un interviewé, utiles. Pour les acheteurs, ceci permettrait aux agents de comprendre la difficulté de chiffrer un risque dans le cadre d'une remise d'offre et qu'un déséquilibre dans la répartition des risques est difficilement acceptable pour une entreprise. Les acheteurs pourraient également évaluer le coût financier qu'emportent leurs clauses contractuelles. Pour les opérateurs économiques, ceci permettrait de faire preuve de plus de pédagogie et de transparence pour éviter des zones d'ombres et de mieux comprendre les préoccupations du secteur public.

De plus, le caractère forfaitaire d'un marché exerce une influence directe sur la répartition des risques. En effet, contrairement à un marché à prix unitaire ou mixte, un marché à forfait ne peut ouvrir droit à indemnisation des prestations supplémentaires, notamment à la suite de la survenance d'un risque, qu'à titre exceptionnel puisque les parties ont convenu d'un forfait pour l'ensemble du contrat. D'ailleurs, le maître d'ouvrage paie une provision pour risque dans ce forfait qui, si le risque ne survient pas, constitue une marge complémentaire pour le cocontractant. En outre, le caractère forfaitaire des marchés globaux soulève des difficultés pour les opérateurs économiques dans le cadre d'une demande d'indemnisation auprès du maître d'ouvrage pour des fautes commises par les autres intervenants. En effet, certains enquêtés regrettent la fin du guichet unique auprès du maître d'ouvrage pour les réclamations

⁶³⁹ Si la contractualisation avec une autorité publique peut sembler plus risquée pour certains opérateurs économiques, elle s'avère tout de même protectrice d'un point de vue financier en raison notamment de la garantie de solvabilité.

depuis la décision du Conseil d'État, *Région Haute-Normandie*⁶⁴⁰. Cette solution ralentit les démarches d'indemnisation des titulaires à cause des procédures d'expertise et de contre-expertise et des délais judiciaires.

CONSTATS POSITIFS	CONSTATS NÉGATIFS
IDENTIFICATION ET ÉVALUATION DES RISQUES	
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Identification et évaluation des risques par retour d'expérience et coopération des services ou avec l'assistance de spécialistes externes, dont des prêteurs ; ▪ Utilité des compétences de <i>risk management</i> ; ▪ Utilité du sourçage dans l'identification et l'évaluation des risques d'un projet public pour la rédaction des clauses de répartition des risques et pour accroître la qualité des offres quant à l'appréhension des risques ; ▪ Mise en place d'une matrice interne des risques pour le projet ; ▪ Contrôle de l'opportunité de répondre à un appel d'offres au regard des risques d'un projet par un comité interne d'évaluation des risques auprès de certains opérateurs économiques. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Difficultés pour identifier, évaluer, chiffrer et répartir les risques politiques et les risques liés aux autorisations administratives ; ▪ Difficultés pour appréhender les risques pénaux en matière de probité ; ▪ Présence de clauses d'exonération de responsabilité des autorités contractantes en cas de non-conformité des études préalables ou des données communiquées dans les DCE (ex. : état des équipements ou installations existants, études géologiques et géotechniques) ; ▪ Influence de la prépondérance du critère du prix dans la notation des offres.
COUVERTURE DES RISQUES	
<ul style="list-style-type: none"> ▪ Après identification, évaluation et chiffrage, risques garantis par des provisions dans les offres ; ▪ Mise en place de solutions opérationnelles pour prévenir des risques (notamment en matière de lutte contre les conflits d'intérêts). 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Difficultés assurantielles des autorités contractantes : procédures infructueuses, offres irrégulières, inacceptables ou inappropriées.

⁶⁴⁰ CE, 5 juin 2013, *Région Haute-Normandie*, n° 352917 : « 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 ».

RÉPARTITION ET TRAITEMENT DES RISQUES

- Nécessité de rédiger des clauses de répartition des risques claires et précises et de prévoir une répartition équilibrée des risques ;
- Volonté de pouvoir négocier la répartition des risques lors de la passation du contrat ;
- Utilité des espaces d'échanges ou de comités de règlements des différends pour gérer les conséquences d'un risque et l'articulation avec les organes du maître d'ouvrage ;
- Souhait d'une reconnaissance du principe de la bonne foi en droit de la commande publique.
- Désintérêt pour la matrice des risques ;
- Difficultés pour les petits acheteurs à rédiger des clauses de répartition des risques adéquates par manque de moyens financiers, techniques et humains ;
- Faible compréhension mutuelle entre le secteur public et le secteur privé ;
- Indemnisation pour faute des intervenants dans un marché global forfaitaire, à la suite de la jurisprudence *Région Haute-Normandie*.

Figure 3.01 : Tableau synthétique des principaux constats des enquêtes de terrain

Axes de réflexion. Finalement, de l'ensemble de ces constats illustrant les attentes des praticiens en matière d'identification, d'évaluation, de couverture, de répartition et de traitement des risques, la Chaire de droit des contrats publics propose 3 axes de réflexion pour ses recommandations.

Le premier axe entend améliorer l'appréhension des risques des différents acteurs du droit de la commande publique à travers des formations et le développement de compétences de *risk management* (gestion du risque) et de *contract management* (gestion contractuelle)⁶⁴¹.

Le deuxième axe cherche à développer une démarche coopérative et loyale dans l'identification et l'évaluation des risques pour la commande publique, entre autres par le recours à des procédures de sourçage et la collaboration des services et de spécialistes lors de la préparation d'un projet. De plus, cet axe tient à améliorer la répartition et le traitement des risques en insistant, notamment, sur la notion de bonne foi contractuelle, sur les négociations lors de la passation du contrat pour parvenir à un équilibre dans la répartition des risques (notamment à l'appui d'une matrice des risques⁶⁴²) et sur la coopération des parties en cours d'exécution.

⁶⁴¹ Même à chercher à éviter les anglicismes, ceux deux-là sont tellement utilisés en pratique qu'ils peuvent difficilement être remplacés.

⁶⁴² Cette matrice des risques servirait de support aux négociations. Elle n'a pas vocation à être contractualisée.

Enfin, le dernier axe souhaite assurer une cohésion entre la commande publique et le secteur des assurances et accompagner les autorités contractantes pour leurs marchés d'assurance, en particulier en mettant à jour le *Guide pratique pour la passation des marchés publics d'assurance des collectivités territoriales* de la DAJ, publié en juin 2008⁶⁴³, afin de tenir compte des nouvelles procédures négociées instituées par le Code de la commande publique et la directive 2014/24/UE. De plus, cette orientation s'intéresse à la codification des implications de la jurisprudence du Conseil d'État, *Grand port maritime de Marseille*⁶⁴⁴ dans le Code de la commande publique et le Code des assurances.

Propositions de recommandations. Si les difficultés rencontrées par les praticiens dans le cadre du présent thème nécessitaient quelques réponses d'ordre opérationnel pouvant être mises en œuvre par les autorités contractantes elles-mêmes directement (les « *recommandations opérationnelles* »), la majorité des recommandations proposent des évolutions normatives (législatives ou réglementaires) ou des mesures de droit souple comme la publication ou la mise à jour de guides à destination des autorités contractantes et des opérateurs économiques (les « *recommandations juridiques* »). Dès lors, la Chaire propose 12 recommandations (4 recommandations opérationnelles [Rec. op.] et 8 recommandations juridiques [Rec. jur.]⁶⁴⁵) classées selon les 3 axes susmentionnés :

Axe n° 1 : Améliorer l'appréhension des risques des différents acteurs du droit de la commande publique

- **Rec. op. n° 1 :** Former, par des financiers et des juristes, les agents des autorités contractantes et des opérateurs économiques à l'appréhension du risque avec une compréhension des attentes et des intérêts de chaque acteur de la commande publique ;

⁶⁴³ Disponible en ligne : <https://www.economie.gouv.fr/daj/Guide-des-bonnes-pratiques-Guide-pratique-pour-la->

⁶⁴⁴ CE, 12 juill. 2023, *Grand port maritime de Marseille*, n° 469319. Pour une application positive de cette jurisprudence à travers un référé mesures utiles, voir : CE, 4 avr. 2024, *Métropole Toulon-Provence-Méditerranée*, n° 491068.

⁶⁴⁵ Les recommandations juridiques comprennent les propositions de publication de guides à destination des acteurs de la commande publique par l'État.

- **Rec. op. n° 2 :** Développer des emplois ou des services de management du risque et de management contractuel.

Axe n° 2 : Développer une démarche coopérative et loyale dans l'identification, la répartition et le traitement des risques

Aucune recommandation opérationnelle.

- **Rec. jur. n° 1 :** Publier un guide sur l'identification et la répartition des risques dans les contrats de la commande publique, idéalement par la DAJ, qui comporterait, notamment, une matrice des risques pouvant servir de modèle lors de négociations sur la répartition des risques pour certains marchés et contrats de concession, ainsi qu'une analyse des avantages et inconvénients de certaines catégories de clauses (ex. : clauses de management des risques, clauses franchisées, clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité, clauses pénales, etc.) ;
- **Rec. jur. n° 2 :** Sécuriser le sourçage à travers une procédure conforme aux principes fondamentaux de la commande publique ;
- **Rec. jur. n° 3 :** Ouvrir plus largement à la négociation la répartition des risques lors de la passation de certains marchés ou contrats de concession, dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique ;
- **Rec. jur. n° 4 :** Inscrire dans le Code de la commande publique (dans un article L. 6-1) la bonne foi contractuelle tant dans la passation que dans l'exécution ;

- **Rec. jur. n° 5 :** Encadrer dans le Code de la commande publique, pour les marchés à prix forfaitaire, la jurisprudence du Conseil d'État, *Région Haute-Normandie* ;
- **Rec. jur. n° 6 :** Réviser le Code pénal pour insister sur la nécessité de l'élément moral pour caractériser un délit d'octroi d'avantages injustifiés ou le trafic d'influences.

Axe n° 3 : Assurer une cohérence entre la commande publique et le secteur des assurances et accompagner les autorités contractantes pour leurs marchés d'assurance

- **Rec. op. n° 3 :** Former les agents des autorités contractantes au secteur des assurances ;
- **Rec. op. n° 4 :** Recourir au sourcing et à l'assistance externe de spécialistes en assurance pour la définition des besoins des marchés d'assurance.
- **Rec. jur. n° 7 :** Mettre à jour le *Guide pratique pour la passation des marchés publics d'assurance des collectivités territoriales* de la DAJ, publié en juin 2008 afin de promouvoir le recours à la procédure négociée pour la passation des marchés d'assurance et la mise en place de clause prévoyant des franchises pour l'assurée dans les marchés d'assurance ;
- **Rec. jur. n° 8 :** Modifier le Code des assurances et le Code de la commande publique pour préciser la jurisprudence du Conseil d'État *Grand port maritime de Marseille* en imposant un délai minimal de six mois pour une résiliation unilatérale à l'initiative de l'assureur et une motivation justifiant cette résiliation.

Figure 3.02 : Présentation des 12 recommandations de la Chaire

La suite des développements détaille l'ensemble de ces recommandations au sein de chacun des axes.

Axe n° 1 : Améliorer l'appréhension des risques des différents acteurs du droit de la commande publique

Justification. Le risque est une notion centrale dans la pratique du droit, d'autant plus du droit des obligations puisque l'essence même d'un contrat est d'être un « *acte de prévision* ». Comprendre ce qu'est un risque, l'identifier, l'évaluer, le prévenir et le couvrir est indispensable à la pratique contractuelle. Ceci l'est d'autant plus dans la commande publique où le droit impose (outre le respect de principes d'égalité, de transparence et de bonne gestion des deniers publics) des procédures de passation spécifiques et limite les possibilités de modifier en cours d'exécution un contrat, et où le secteur public et le secteur privé répondent à des logiques et des intérêts différents.

Partant, il serait pertinent de s'intéresser à accroître la culture du risque dans la commande publique, en ce sens où chaque acteur en présence puisse mieux appréhender la notion de risque dans leur pratique.

Dans cet axe, la Chaire propose deux recommandations opérationnelles : une recommandation de formation (A.), et une recommandation de développement du *risk management* et du *contract management* (B.).

A. Formation à la culture du risque

RECOMMANDATION OPÉRATIONNELLE N° 1

Former les agents des autorités contractantes et des opérateurs économiques à l'appréhension du risque avec une compréhension des attentes et des intérêts de chaque acteur de la commande publique.

Attente des enquêtés. Les enquêtes de terrain révèlent plusieurs attentes en matière de formation de la part des participants. Des opérateurs économiques semblent considérer que les agents des autorités contractantes ne sont pas suffisamment armés pour l'identification, la répartition et la gestion des risques, ce que confirme une minorité d'agents d'autorités contractantes sondés. Si des instituts de formation ou des cabinets d'avocats proposent des modules de formations sur la gestion des risques dans les marchés publics⁶⁴⁶, toutefois, l'offre de formation demeure rare et ne tient pas toute en considération l'identification, l'évaluation, la couverture, la répartition et le traitement des risques, se limitant souvent à la seule gestion.

Approfondissement des formations. Des points importants pour les praticiens seraient alors délaissés comme le recours à des matrices des risques pour améliorer l'appréhension des risques dans les contrats de la commande publique, l'identification des risques communs (comme ceux liés à la passation ou aux atteintes à la probité) ou des risques spécifiques à certains secteurs d'activité (tels que la construction, la maîtrise d'œuvre ou les nouvelles technologies de l'information et de communication) ou certains contrats (notamment les marchés globaux et les contrats de concession), ainsi que la répartition et le traitement de certains risques (comme les risques politiques, les risques administratifs, les risques pénaux⁶⁴⁷ ou encore les risques liés à la non-conformité des données fournies aux candidats dans les documents de consultation). Un approfondissement des modules de formation serait alors bienvenu, éventuellement en prévoyant plusieurs journées de formation dans l'année portant sur des points particuliers comme l'identification et la répartition des risques, l'usage d'une matrice des risques, la négociation des risques, la couverture des risques, la gestion des risques, l'appréhension des risques dans les marchés globaux, etc. Il est ainsi recommandé aux autorités contractantes de solliciter des instituts ou des cabinets d'avocats des formations répondant aux besoins de leurs services.

Par ailleurs, suivant la proposition d'un enquêté, il serait opportun de privilégier des formations qui s'inscrivent dans une démarche de compréhension réciproque des acteurs de la commande publique pour que chaque secteur soit conscient des pratiques et des intérêts de l'autre dans son appréhension et son chiffrage des risques. À titre d'illustration, des mises en pratique pourraient être pertinentes où, notamment, un agent d'un acheteur doit se placer dans la situation d'un candidat pour comprendre comment, à partir des informations communiquées

⁶⁴⁶ Ces formations peuvent être trouvées facilement via une simple recherche en ligne.

⁶⁴⁷ Ces risques sont toutefois de plus en plus traités dans des formations spécifiques relatives à la compliance depuis l'entrée en vigueur de la Loi Sapin 2.

dans les documents de consultation (et des clauses présentes ou absentes dans les documents contractuels), de son expérience et d'audits supplémentaires, il conçoit les risques d'un projet, se positionne sur l'appel d'offres et capitalise le risque dans le prix de son offre. À l'inverse, un agent du secteur privé pourrait se mettre à la place d'un acheteur pour comprendre le besoin de clarté et de transparence dans leurs offres afin que l'analyse et le choix de l'offre soient plus éclairés.

Enfin, si les offres de formations proposées sur le marché ne semblent pas appropriées, il est recommandé aux autorités contractantes et aux opérateurs économiques de commander des formations sur mesure en s'assurant de la compétence des formateurs sur les thématiques abordées, voire de mettre en place en interne des formations par des agents expérimentés.

Volontarisme et incitation. La mise en œuvre de cette recommandation repose principalement sur le volontarisme de chaque autorité contractante et opérateur économique dans la limite des moyens qu'ils possèdent. Cependant, la Chaire est d'avis qu'une politique incitative de formation sur les risques dans la commande publique devrait être portée par les pouvoirs publics pour deux raisons. Premièrement, ceci permettrait d'insister sur les vertus d'une bonne répartition et gestion des risques au regard de l'efficacité de la commande publique et le bon usage des deniers publics. Secondement, le marché des formations se saisirait de cette politique incitative pour mettre à jour ses offres et les adapter aux attentes des praticiens.

B. Développement du *risk management* et du *contract management*

RECOMMANDATION OPÉRATIONNELLE N° 2

Développer des emplois ou des services de management du risque et de management contractuel.

Distinction et complémentarité. Le *risk management* et le *contract management*, s'ils peuvent sembler se confondre, sont deux disciplines distinctes qui, couplées, optimisent et renforcent l'efficacité des contrats de la commande publique.

En effet, le *risk management* consiste en l'identification des risques, l'évaluation de leur criticité, leur chiffrage et la gestion de leurs conséquences lorsqu'ils surviennent. Le *risk*

manager requiert de solides compétences en finances, en économie, en statistiques et en audit. Son regard sur les risques est principalement d'ordre financier et économique. Son rôle est de déterminer si une politique ou stratégie d'une structure, ainsi que ses projets présents et à venir ne l'exposent pas à des conséquences financières ne pouvant être garanties ou résorbées sans affecter les intérêts de la structure. En somme, il s'agit pour le *risk manager* d'assurer la viabilité financière d'un organisme ou d'un projet.

De son côté, le *contract management* se focalise sur la gestion contractuelle, de la préparation au terme des contrats, afin d'en assurer une exécution efficace et sécurisée. Les compétences d'un *contract manager* sont principalement juridiques (avec des connaissances approfondies en droit des obligations, droit des contrats spéciaux et en droit de la commande publique), complétées par des connaissances techniques⁶⁴⁸. Le *contract manager* connaît également des risques sous un angle plus juridique que le *risk manager* en contractualisant la répartition des risques, le traitement des conséquences de leur survenance et en adaptant le contrat en cours d'exécution aux risques qu'il rencontre.

Les deux disciplines s'avèrent donc complémentaires et utiles pour accroître l'efficacité de la commande publique en matière de répartition et de traitement des risques. D'où la recommandation de développer, à la fois au sein des autorités contractantes que des opérateurs économiques, des emplois ou des services spécialisés en *risk management* et en *management*. Cette proposition dépend, toutefois, des moyens financiers et humains de chaque structure, en particulier des autorités contractantes.

⁶⁴⁸ Ceci ne signifie pas qu'un contract manager soit impérativement un juriste. Il est courant que de contract managers aient initialement des formations techniques et, par la suite, acquièrent des compétences juridiques.

Axe n° 2 : Développer une démarche coopérative et loyale dans l'identification, la répartition et le traitement des risques

Justification. L'identification et l'évaluation des risques nécessitent des compétences spécifiques (techniques, financières, économiques, juridiques, etc.). Les enquêtes qualitatives et quantitatives témoignent d'une satisfaction mitigée des enquêtés dans la manière qu'ont les autorités contractantes d'appréhender les risques dans leurs contrats, en particulier en raison de leur manque de ressources (financières, techniques et humaines). La définition des besoins est alors variable d'un projet à un autre, d'une autorité à une autre, de même de la qualité des informations communiquées dans les documents de consultation des entreprises. Or, la qualité des offres dépend de celle des documents de consultation des entreprises, et donc de la définition des besoins. La coopération interne est une première solution pour accroître cette qualité, de même pour une assistance externe. En outre, un comportement plus loyal de la part tant des opérateurs économiques que des autorités contractantes permettrait d'améliorer la compréhension d'un projet, des difficultés qu'il soulève et, partant, les risques qu'engendrerait le contrat pour chaque partie.

Par ailleurs, si une majorité d'enquêtés, tant dans les entretiens que dans les sondages, reconnaissent que les risques sont partagés en suivant le principe de l'allocation du risque à celui qui est le mieux en mesure de le supporter, il demeure que des autorités contractantes privilégient une stratégie de transfert des risques sur les opérateurs économiques, malgré l'augmentation du prix de l'offre qu'emporte un tel choix. En outre, les enquêtés ne prévoient pas de matrice contractuelle des risques, privilégiant les clauses contractuelles⁶⁴⁹. Ceci emporte deux conséquences : un risque d'interprétation juridique, et un risque juridique de la validité de la clause.

⁶⁴⁹ La matrice des risques intervient toutefois dans la répartition des risques des contrats de partenariat. En effet, la répartition des risques doit obligatoirement être défini pour les contrats de partenariat, conformément aux dispositions de l'article L. 1414-2 du CGCT (dans sa rédaction en vigueur du 30 juillet 2008 au 1^{er} avril 2016).

Ce deuxième axe entend donc insister sur la coopération et la loyauté lors de la préparation d'un marché ou d'un contrat de concession afin d'améliorer la répartition et le traitement des risques.

Ainsi, la Chaire propose de publier un guide sur l'identification et la répartition des risques et un modèle de matrice des risques (A.), de promouvoir le sourçage en le sécurisant pour améliorer l'identification et la répartition des risques (B.), d'ouvrir à la négociation la répartition des risques (C.), de reconnaître le principe de bonne foi en droit de la commande publique (D.), d'encadrer la jurisprudence *Région Haute-Normandie* pour les marchés à prix forfaitaire (E.) et sécuriser le risque pénal d'atteinte à la probité (F.).

A. Publication d'un modèle de matrice des risques et d'un guide sur l'identification et la répartition des risques

RECOMMANDATION JURIDIQUE N° 1

Publier un guide sur l'identification et la répartition des risques dans les contrats de la commande publique, idéalement par la DAJ, qui comporterait, notamment, une matrice des risques pouvant servir de modèle lors de négociations sur la répartition des risques pour certains marchés et contrats de concession, ainsi qu'une analyse des avantages et inconvénients de certaines catégories de clauses (ex. : clauses de management des risques, clauses franchisées, clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité, clauses pénales, etc.).

Utilité d'un modèle de matrice des risques. Alors que plusieurs enquêtés promeuvent le recours à la négociation sur la répartition des risques, l'utilisation des matrices des risques – bien que peu présente en pratique (selon une majorité d'interviewés et de sondés) – aurait toute son importance en vue d'appréhender l'ensemble des risques et de favoriser la discussion entre les candidats et l'autorité contractante. La publication de modèles de matrice des risques servirait ainsi de support aux négociations et éclairerait les participants aux négociations. Ces modèles peuvent être généraux, en fonction des catégories de marchés ou de contrats de concession, ou sectoriels, en fonction du domaine d'activité, voire les deux. Pour

autant, un modèle générique répertoriant les risques communs aux principaux contrats serait pertinent à titre d'outil de référence pour les praticiens.

Ces matrices permettront de s'assurer de l'identification de l'ensemble des risques d'un projet, de leur criticité et des répartitions envisageables.

Recommandation secondaire. Pour les contrats de la commande publique d'un montant supérieur à un seuil fixé par décret (par exemple, pour tout montant supérieur à 100 millions d'euros) et au regard de la complexité ou de l'ampleur du projet dans certains secteurs d'activité (comme le BTP, la construction, les réseaux de transport, l'énergie, les réseaux de télécommunication), la répartition des risques pourrait être suggérée par une fiche technique ou un guide de la DAJ dans l'objectif d'améliorer l'appréhension des risques dans les grands projets publics. Toutefois, pour faciliter l'application d'une telle incitation, il conviendrait auparavant que des modèles de matrice des risques soient publiés.

Nécessité d'un guide sur l'identification et la répartition des risques. Par ailleurs, la publication d'un guide⁶⁵⁰ sur l'identification et la répartition des risques permettrait d'accompagner les autorités contractantes dans la rédaction de leurs clauses pour assurer un équilibre adéquat dans leur répartition des risques. Ce guide devrait associer des experts dans le management des risques et insister sur :

- Les avantages et inconvénients du transfert maximum de risques sur le cocontractant, et ceux de la répartition des risques ;
- Les procédures de passation permettant de discuter la répartition des risques ;
- Les outils appropriés pour identifier et évaluer les risques ;
- Les avantages et inconvénients de différents types de clauses, avec des exemples précis⁶⁵¹ ;
- Les bonnes pratiques en matière de répartition et de gestion des risques ;

⁶⁵⁰ Initialement, la Chaire recommandait que la DAJ ait la charge de la publication d'un tel guide au regard de l'autorité intellectuelle qu'elle possède vis-à-vis des autorités contractantes. Toutefois, après réflexions au sein de la Chaire, en raison de la nécessité d'avoir des spécialistes en matière de risques (détermination, évaluation, répartition, gestion), l'auteur de ce guide pourrait être un autre service étatique comme la Mission interministérielle pour la qualité des constructions publiques (MIQCP) pour les contrats relatifs à des projets de travaux ou de construction.

⁶⁵¹ Notamment les clauses de management des risques, clauses de réexamen, clauses franchisées, clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité, clauses pénales, etc.

- La promotion de clauses de plafonnement de responsabilité pour les titulaires⁶⁵².

Risques politiques. Enfin, la publication du guide serait l'occasion de réfléchir à la manière d'appréhender les risques politiques dans les contrats de la commande publique, en particulier les clauses pertinentes et la répartition de ce risque entre les parties. Les enquêtes de terrain relèvent l'importance de cette problématique et la nécessité pratique d'un tel guide, en particulier sur les conséquences de la survenance d'un tel risque et la partie la plus à même de les supporter, sans pour autant contraindre les autorités contractantes dont les besoins peuvent évoluer au regard de l'évolution des attentes des administrés, de l'intérêt général.

B. Sécuriser le sourçage pour inciter les autorités contractantes à se faire accompagner dans l'identification et la répartition des risques d'un contrat futur

RECOMMANDATION JURIDIQUE N° 2

Sécuriser le sourçage à travers une procédure conforme aux principes fondamentaux de la commande publique.

Intérêt du sourçage. Le sourçage (ou *sourcing*) en matière d'appréhension du risque est primordial. Déjà en 2021 puis en 2023, la Chaire insistait sur les bienfaits du sourçage pour éviter les difficultés lors de l'exécution des contrats publics. Le présent rapport confirme la nécessité de recourir au *sourçage*. En effet, le Code de la commande publique permet de recourir, dans le cadre de la définition des besoins, au sourçage. Partant, une autorité contractante peut être assistée de spécialistes en finances ou en assurance, de conseils juridiques ou en ingénierie voire d'assistance à maîtrise d'ouvrage dans sa définition des besoins, ses études préalables et la conception des documents contractuels. En étant accompagnées, les autorités contractantes peuvent mieux identifier, évaluer et couvrir les risques d'un projet. Ceci lui permet également d'établir une répartition idéale des risques en fonction de sa stratégie contractuelle et des attentes des secteurs d'activité du projet en cause.

⁶⁵² Un des participants à l'enquête qualitative a souligné que les cahiers des charges de certains grands donneurs d'ordres prévoient pour tous leurs marchés de travaux un plafonnement du montant de l'indemnité d'un entrepreneur au titre de sa responsabilité pour les dommages immatériels soit en fonction des clauses particulières du marché, soit à défaut en stipulant un montant fixe.

Au-delà, le sourçage accroît la qualité des études préalables et des données communiquées aux opérateurs économiques lors de la mise en concurrence d'un contrat. Les enquêtes de terrain font remonter un sujet de dissension entre les titulaires et les acheteurs : la qualité des données sur l'état des sols et des sous-sols, ainsi que sur l'état des équipements et installations existants. En effet, certains opérateurs économiques regrettent les écarts importants entre les études géotechniques G2PRO (lors de la phase de projet par l'autorité contractante, un maître d'œuvre ou une assistance à maîtrise d'ouvrage) et les études géotechniques G3 (en début d'exécution, par l'entrepreneur). Ces écarts sont de nature à accentuer les risques portés par le titulaire, et donc à augmenter le prix de l'offre puisque les soumissionnaires, habitués, répercutent les conséquences financières des changements de conception sur le prix qu'ils proposent. En outre, ces modifications emportent des effets sur les délais d'exécution et exposent les titulaires à des pénalités. Accroître la qualité des études préalables avec le sourçage, c'est assurer la bonne gestion des deniers publics et l'efficacité de la commande publique.

Sécuriser le sourçage. La systématisation du recours au sourçage pour identifier, répartition et prévenir les risques doit s'accompagner d'une sécurisation du procédé afin d'éviter que les autorités contractantes ne soient confrontées à des risques contentieux en raison de leur sourçage. C'est pourquoi, s'inscrivant dans la continuité de ses précédents rapports, la Chaire préconise d'intégrer par voie réglementaire des dispositions prévoyant une procédure de sourçage ouverte et facultative qui permettrait de rassurer les autorités contractantes sur la conformité de leur démarche de sourçage vis-à-vis des principes de transparence et d'égalité de traitement des candidats. La réticence pour plusieurs opérationnels d'opérateurs économiques à répondre à des procédures de sourçage en raison des risques d'annulation de la passation ou des risques pénaux, ou encore des risques liés à l'atteinte du secret des affaires, justifie qu'une procédure soit explicitement proposée aux acheteurs et aux autorités concédantes.

À défaut de modification du Code de la commande publique, une fiche technique de la DAJ pourrait proposer une méthode similaire aux autorités contractantes afin de garantir l'égalité de traitement des candidats et le secret des affaires. Une telle présentation pourrait offrir un niveau de détail plus important. À titre d'exemple, la procédure proposée par la DAJ pourrait prévoir, en s'inspirant de la rédaction recommandée ci-après des nouveaux articles du *Code de la commande publique* :

« Dans le cadre de la préparation d'un marché, l'autorité contractante peut publier un avis d'appel à compétences pour la préparation à titre gratuit d'un marché précisant les exigences minimales du besoin à satisfaire en termes fonctionnels, ainsi qu'une estimation du volume des prestations et des délais d'exécution.

L'avis d'appel à compétences pour la préparation d'un marché mentionne également la nature individuelle ou collective des entretiens de préparation du marché, le lieu où se dérouleront ces entretiens, leur durée, la période pendant laquelle ces entretiens se dérouleront ainsi que les éléments sur lesquels porteront les discussions.

Les éléments ouverts à la discussion dans le cadre de la préparation du marché peuvent concerner les spécificités techniques du besoin à satisfaire et la partie administrative d'un marché.

Si les entretiens individuels ou collectifs peuvent être effectués en ligne, l'avis d'appel à compétences pour la préparation d'un marché mentionne cette possibilité ainsi que la plateforme utilisée.

À la suite d'un délai que l'autorité contractante fixe en fonction de la complexité du projet ou du caractère nouveau du besoin à satisfaire, il sélectionne des opérateurs économiques susceptibles de répondre de manière pertinente à son besoin.

Les opérateurs ainsi sélectionnés sont invités à participer gratuitement à des entretiens collectifs ou individuels avec l'acheteur, dans le respect des principes mentionnées à l'article L.3 du Code de la commande publique.

Le contenu de ces entretiens fait l'objet d'un compte rendu anonymisé qui peut être annexé au dossier de consultation des entreprises à l'exception des informations confidentielles dont la communication violerait le secret des affaires. »

Dans tous les cas, des accords de confidentialité doivent être signés entre les opérateurs économiques sollicités dans le cadre du sourcing et les autorités contractantes pour s'assurer du respect du secret des affaires.

CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE	
Version actuelle	Version recommandée
MARCHÉS PUBLICS - PARTIE RÉGLEMENTAIRE -	
Section 1 : Aide à la définition du besoin	Section 1 : Aide à la définition du besoin
Sous-section 1 : Études et échanges préalables avec les opérateurs économiques	Sous-section 1 : Études et échanges préalables avec les opérateurs économiques
Article R. 2111-1	Article R. 2111-1 (<i>inchangé</i>) Article R. 2111-1-1 (<i>Nouveau</i>) <u>Dans le cadre de la préparation d'un marché par application de l'article R. 2111-1, l'acheteur peut publier un avis d'appel à compétences pour la préparation d'un marché précisant les exigences minimales du besoin à satisfaire en termes fonctionnels, ainsi qu'une estimation du volume des prestations et des délais d'exécution. L'avis d'appel à compétences pour la préparation d'un marché mentionne également la nature individuelle ou collective des entretiens de préparation du marché, le lieu où se dérouleront ces entretiens, leur durée, la période pendant laquelle ces entretiens se dérouleront ainsi que les éléments sur lesquels porteront les discussions. Les éléments ouverts à la discussion dans le cadre de la préparation du marché peuvent concerner les spécificités techniques du besoin à satisfaire et la partie administrative d'un marché.</u>

Article R. 2111-1-2 (Nouveau)

L'avis mentionné à l'article R. 2111-1-1 peut être :

1° Soit publié par l'acheteur sur son profil d'acheteur mentionné à l'article R. 2132-3 ;

2° Soit publié dans un journal d'annonces légales ou au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ;

3° Soit publié dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné.

Article R. 2111-1-3 (Nouveau)

Les dispositions des articles R. 2111-1-1 et R. 2111-1-2 ne font pas obstacle à ce que l'acheteur recourt à d'autres méthodes d'aide à la définition des besoins.

CONTRATS DE CONCESSIONS

- PARTIE RÉGLEMENTAIRE -

Chapitre 1^{er} : Définition du besoin

Articles R. 3111-1 à R. 3111-3 (*inchangés*)

Chapitre 1^{er} : Définition du besoin

Articles R. 3111-1 à R. 3111-3 (*inchangés*)

Article R. 3111-4 (Nouveau)

Dans le cadre de la préparation d'un contrat de concession, l'autorité concédante peut publier un avis d'appel à compétences pour la préparation d'un contrat de concession précisant les exigences minimales du besoin à satisfaire en termes fonctionnels, ainsi qu'une estimation du volume des prestations et des délais d'exécution.

L'avis d'appel à compétences pour la préparation d'un contrat de concession mentionne également la nature individuelle ou collective des entretiens de préparation

du marché, le lieu où se dérouleront ces entretiens, leur durée, la période pendant laquelle ces entretiens se dérouleront ainsi que les éléments sur lesquels porteront les discussions.

Les éléments ouverts à la discussion dans le cadre de la préparation du contrat de concession peuvent concerner les spécificités techniques du besoin à satisfaire et la partie administrative d'un marché.

Article R. 3111-5 (Nouveau)

L'avis mentionné à l'article R. 3111-4 peut être :

1° Soit publié sur son site internet ;

2° Soit publié au Bulletin officiel des annonces des marchés publics ou dans un journal d'annonces légales ;

3° Soit publié dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné.

Article R. 3111-1-6 (Nouveau)

Les dispositions des articles R. 3111-1-4 et R. 2111-1-5 ne font pas obstacle à ce que l'autorité concédante recourt à d'autres méthodes d'aide à la définition des besoins.

Recommandation opérationnelle secondaire. Par ailleurs, l'amélioration de l'appréhension des risques dans la commande publique peut résulter d'une coopération interne (entre services) des autorités contractantes et des opérateurs économiques, en sollicitant l'ensemble des compétences que possède, grâce à ses ressources humaines, un organisme public ou privé. Lors des enquêtes qualitatives, plusieurs opérateurs économiques ont indiqué soumettre à un comité interne d'évaluation des risques, afin de déterminer s'il est ou non opportun pour l'entreprise de se positionner sur un appel d'offres au regard des risques du projet. De tels comités peuvent également être intéressants pour les autorités contractantes pour

vérifier, en amont de la procédure de passation, les risques du projet et, dans le cadre de l'analyse des offres, de l'évaluation des risques des offres soumises par les candidats.

Ainsi, il pourrait être envisagé que l'État promeuve l'instauration d'un comité d'évaluation des risques pour chaque projet de contrat, au sein de certaines autorités contractantes au regard de l'ampleur de leurs commandes.

C. Ouverture plus grande à la négociation de la répartition des risques lors de la passation des marchés et des concessions

RECOMMANDATION JURIDIQUE N° 3

Ouvrir, dans le cadre des procédures avec négociation, plus largement à la négociation, la répartition des risques lors de la passation de certains marchés ou contrats de concession, dans le respect des principes fondamentaux de la commande publique, à travers la publication d'un guide pratique, idéalement publié par la DAJ.

Attentes des enquêtés. Majoritairement, les participants aux enquêtes de terrain témoignent d'un vif intérêt à l'égard d'une ouverture plus récurrente à la négociation sur la répartition des risques lors de la passation d'un contrat de la commande publique. La procédure négociée et le dialogue compétitif pourraient, au choix de l'autorité contractante et si le projet le justifie, prévoir des ateliers de discussion sur l'identification, l'évaluation et la répartition des risques. À ce titre, comme évoquée précédemment, la conception d'une matrice des risques générale ou sectorielle pourrait simplifier et favoriser les négociations.

Cependant, une telle ouverture doit être encadrée afin de ne pas restreindre la concurrence et affecter l'égalité de traitement des candidats. Les dispositions actuelles du Code de la commande publique semblent suffisantes sur ce point, concernant les deux procédures susmentionnées. Il en va autrement en matière d'appel d'offres où la négociation pourrait emporter des risques contentieux pour rupture d'égalité entre les candidats et les soumissionnaires.

La Chaire n'est pourtant pas d'avis de réviser, pour l'heure, le Code de la commande publique pour insérer la négociation de la répartition des risques dans les procédures d'appel d'offres pour éviter toute incompatibilité éventuelle avec les directives européennes⁶⁵³. L'encadrement de la négociation par des mesures de droit souple est privilégié en tenant compte des dispositifs actuellement prévus par le Code de la commande publique et les directives européennes. La publication d'un guide, idéalement par la DAJ, à destination des autorités contractantes sur les bonnes pratiques en matière de négociation de la répartition des risques, serait la solution la plus adéquate et la plus rapide à mettre en œuvre. Un tel guide devrait comporter des explications portant sur :

- Les procédures permettant de négocier la répartition des risques ;
- Les marchés et contrats de concession nécessitant une telle négociation, comme les marchés globaux ;
- Les risques pouvant faire l'objet ou non de discussion ;
- L'utilité d'une matrice des risques pour servir de support aux négociations ;
- Le processus à suivre pour garantir l'égalité de traitement des candidats et des soumissionnaires, notamment en mettant en place des ateliers de discussion des risques et en garantissant le secret des affaires ;
- Les modalités d'évaluation des offres à la suite de la phase de négociation pour garantir l'égalité de traitement des soumissionnaires.

Droit comparé. La négociation de la répartition des risques n'est pas une préoccupation que des praticiens français. Au Québec, le 9 mai 2024, le ministre responsable des infrastructures, Jonathan Julien, a présenté devant l'Assemblée nationale du Québec le projet de loi n° 62 visant principalement à diversifier les stratégies d'acquisition des organismes publics et à leur offrir davantage d'agilité dans la réalisation de leurs projets d'infrastructure⁶⁵⁴. Actuellement en discussion, ce projet de loi apporte plusieurs évolutions pour les contrats des organismes publics québécois, dont une nouveauté qui peut intéresser les juristes français concernant la répartition des risques. L'article 1^{er} du projet de loi modifie l'article 3 de la Loi sur les contrats des organismes publics, chapitre c. 65-1, pour introduire, en lieu et place du

⁶⁵³ À tout le moins, une réflexion globale devrait être menée sur ce sujet, tant au niveau national qu'au niveau européen.

⁶⁵⁴ Le dossier législatif est disponible sur le site officiel de l'Assemblée nationale du Québec à l'adresse suivante : <https://www.assnat.qc.ca/fr/travaux-parlementaires/projets-loi/projet-loi-62-43-1.html>.

contrat de partenariat public-privé, le contrat de partenariat avec une approche collaborative des parties pendant ou après la procédure de passation⁶⁵⁵. L'intérêt du projet de loi réside essentiellement dans son illustration de l'approche collaborative qui peut être mise en œuvre notamment par :

- La tenue d'ateliers entre les parties sur le projet ;
- La mise en commun des ressources, des données et des informations liées au projet d'infrastructure ;
- Le partage consensuel des risques et, selon les cas, des économies générées ou des gains réalisés et des pertes subies pendant la durée du contrat.

Le projet de loi québécois s'inscrit dans une véritable démarche coopérative entre les opérateurs économiques et les autorités contractantes en vue d'accroître l'efficacité de la commande publique et le bon usage des deniers publics. La pratique québécoise à venir pourrait servir de cas d'études en vue d'améliorer la négociation de la répartition des risques dans le cadre des contrats de la commande publique d'autorités contractantes françaises.

D. Reconnaissance d'un principe de bonne foi et d'un devoir d'information en droit de la commande publique

RECOMMANDATION JURIDIQUE N° 4

Inscrire dans le Code de la commande publique (dans un article L. 6-1) la bonne foi contractuelle tant dans la passation que dans l'exécution.

La reconnaissance d'un principe de bonne foi en droit de la commande publique permettrait d'admettre un devoir de loyauté dans les communications et les échanges d'informations lors de la passation pour

⁶⁵⁵ Sont concernés les contrats conclus dans le cadre d'un projet d'infrastructure associant un organisme public et un contractant à la conception et à la réalisation de l'infrastructure ainsi qu'à l'exercice d'autres responsabilités liées à l'infrastructure tels son financement, son entretien ou son exploitation, et qui impliquent une approche collaborative pendant ou après le processus d'adjudication. De même, peuvent être des contrats de partenariat les contrats mixtes de travaux de construction et de services professionnels dans le cadre desquels un organisme public associe un contractant à la conception et à la réalisation d'une infrastructure en recourant à une approche collaborative pendant ou après le processus d'adjudication.

accroître la qualité des informations à destination des candidats et tout au long du cycle de vie du contrat.

En outre, un devoir d'information est institué dans le cadre de l'exécution contractuelle.

Tendance favorable. Alors que les conclusions de Mireille Le Corre révèlent une volonté de reconnaître un principe de bonne foi contractuelle en droit de la commande publique⁶⁵⁶ et que le nouveau CCAG-Travaux fait référence à cette notion en son article 54, la Chaire préconise de réviser le Code de la commande publique afin de réceptionner ce principe qui, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 réformant le droit des obligations, est sanctuarisé à l'article 1104 du Code civil.

Propositions. Ainsi, à la suite de l'article L. 6 du Code de la commande, il est proposé d'insérer un nouvel article L. 6-1 inscrivant le principe de bonne foi en droit de la commande publique tant lors de la phase de passation que de la phase d'exécution contractuelle. Une précision est apportée pour prévoir la compatibilité de ce principe avec les pouvoirs exorbitants des personnes publiques qu'elles possèdent dans le cadre de la gestion des contrats administratifs. Cette précision entend rassurer les personnes publiques qui ne verraient pas, par cette reconnaissance, leurs pouvoirs unilatéraux remis en cause (sur le principe).

Par ailleurs, dans la continuité de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 réformant le droit des obligations qui distingue la bonne foi contractuelle du devoir d'information en droit civil, l'instauration d'un devoir d'information en droit de la commande publique au stade de l'exécution est proposée. Ce devoir d'information entre les parties assure un suivi efficace de l'exécution du contrat et évite la survenance de certains risques ou que les conséquences de la réalisation du risque n'augmentent. Il s'agit de privilégier dans un nouveau chapitre sur les échanges d'informations une approche coopérative des parties lors de l'exécution avec pour objectif la concrétisation du projet porté par le contrat.

Enfin, des dispositions prévoient la possibilité pour le titulaire d'un marché ou le concessionnaire d'être indemnisé, même dans le cadre de marché à prix forfaitaire, pour les

⁶⁵⁶ Conclusions Mireille LE CORRE sur CE, 20 févr. 2020, *Société Eiffage Construction Provence et Société Dumez Méditerranée*, n° 422063 : « L'obligation d'une mise en œuvre de bonne foi des obligations contractuelles ne nous paraît toutefois pas constituer un concept incompatible avec la nature des contrats publics et elle rejoint quand même, nous semble-t-il, la question de la loyauté. » Contra, voir conclusions Gilles PELLISSIER sur CE, 7 déc. 2015, Syndicat mixte de Pierrefonds, n° 382363.

surcoûts engendrés par une non-conformité excessive des informations mises à disposition du titulaire lors de la passation du contrat sur l'état des équipements ou installations existantes ou sur les données géologiques ou géotechniques.

Finalité. L'objectif poursuivi par cette révision n'est pas de restreindre l'action des autorités contractantes, non plus de les exposer à des contentieux en responsabilité contractuelle pour défaut de bonne foi, mais d'assurer une coopération constructive entre les parties dans un souci d'efficacité de la commande publique et de bonne gestion des deniers publics.

CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE	
Version actuelle	Version recommandée
PRINCIPES GÉNÉRAUX - PARTIE LÉGISLATIVE -	
Article L. 6	Article L. 6 (<i>inchangé</i>) Article L. 6-1 (<i>nouveau</i>) <u>Les contrats soumis au présent code doivent être formés et exécutés de bonne foi dans les conditions prévues par le présent code.</u> <u>Lorsque la procédure de passation autorise la négociation, les négociations doivent être menées de bonne foi.</u> <u>L'exécution de bonne foi ne s'oppose pas, pour les contrats administratifs, aux pouvoirs de modification unilatérale ou de résiliation unilatérale détenus par la personne publique au titre des dispositions de l'article L. 6, 4° et 5°.</u>

MARCHÉS PUBLICS
- PARTIE LÉGISLATIVE -

Titre IX : Exécution du marché

Titre IX : Exécution du marché

Chapitre VIII : Échanges d'informations

Article L. 2198-1 *(nouveau)*

Lorsqu'une partie détient une information dont l'importance est déterminante pour la poursuite de l'exécution du marché, elle en informe dans un délai raisonnable l'autre partie dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

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 clauses du marché peuvent prévoir une limitation ce devoir d'information.

Article L. 2198-2 *(modifié)*

Les dispositions de l'article L. 2194-1-1et L. 2194-1-2 ne font pas obstacle à ce que l'acheteur apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif.

Article L. 2198-4 *(nouveau)*

Dans le respect des dispositions de l'article L. 2194-1, et sous réserve de stipulations contraires, le titulaire peut être indemnisé des surcoûts engendrés par la non-conformité des informations communiquées

par l'acheteur lors de la passation à condition que :

1° Le défaut de conformité résulte d'une erreur manifeste d'appréciation de l'acheteur ou du maître d'œuvre ;

2° L'acheteur ou le maître d'œuvre a été alerté d'un éventuel défaut de conformité par le titulaire du marché dans un délai déterminé dans les clauses du marché ;

3° Le défaut de conformité, s'il est avéré, n'a pas été rectifié par l'acheteur dans un délai déterminé par les clauses du marché ;

4° Les surcoûts affectent l'économie du contrat.

CONTRATS DE CONCESSIONS

- PARTIE LÉGISLATIVE -

Titre III : Exécution du contrat de concession

Titre III : Exécution du contrat de concession

Chapitre VIII : Échanges d'informations

Article L. 3138-1 *(nouveau)*

Lorsqu'une partie connaît une information dont l'importance est déterminante pour la poursuite de l'exécution du marché, elle en informe dans un délai raisonnable l'autre partie dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.

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 clauses du contrat de concession peuvent prévoir une limitation ce devoir d'information.

Article L. 3138-2 (modifié)

Les dispositions de l'article L. 3138-1 ne font pas obstacle à ce que l'autorité concédante apporte unilatéralement une modification à un contrat administratif.

Article L. 3138-3 (nouveau)

Dans le respect des dispositions de l'article L. 3135-1, et sous réserve de stipulations contraires, le concessionnaire peut être indemnisé des surcoûts engendrés par la non-conformité des informations communiquées par l'autorité concédante lors de la passation à condition que :

1° Le défaut de conformité résulte d'une erreur manifeste d'appréciation de l'autorité concédante ;

2° L'autorité concédante a été alerté d'un éventuel défaut de conformité par le titulaire du marché dans un délai déterminé dans les clauses du contrat ;

3° Le défaut de conformité, s'il est avéré, n'a pas été rectifié par l'autorité concédante dans un délai déterminé par les clauses du contrat ;

4° Les surcoûts affectent l'économie du contrat.

E. Encadrement de la jurisprudence *Région Haute-Normandie* pour les marchés à prix forfaitaire

RECOMMANDATION JURIDIQUE N° 5

Encadrer, pour les marchés à prix forfaitaire, la jurisprudence du Conseil d'État, *Région Haute-Normandie*.

Présentation. Au regard des difficultés rencontrées par les titulaires d'un marché à prix forfaitaire pour obtenir réparation des préjudices causés par les fautes d'autres intervenants sur le marché, notamment en raison des procédures d'expertise et de contre-expertise et des délais contentieux contre les différents intervenants (au lieu d'un recours contre l'acheteur, avant la décision en cause), un encadrement de la jurisprudence *Région Haute-Normandie* serait opportun.

La décision du Conseil d'État retient 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 ; que, par suite, la région Haute-Normandie est fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi. »⁶⁵⁷

En l'état actuel de la réflexion, il pourrait être proposé, par exemple, que soit mis en place un régime de responsabilité de l'acheteur pour faute présumée. En ce cas, l'acheteur pourrait voir sa responsabilité écartée dès lors qu'il apporterait la preuve que la faute en incombe à un tiers ou qu'il a pris toutes les mesures nécessaires pour le bon déroulement du marché. Cette responsabilité peut trouver son fondement dans l'article L. 2411-1 du Code de la

⁶⁵⁷ CE, 5 juin 2013, *Région Haute-Normandie*, n° 352917, cons. 2.

commande publique disposant que les maîtres d'ouvrage sont « *les responsables principaux de l'ouvrage* », même si cette disposition ne s'applique pas à tous les acheteurs.

Lors des échanges au sein de la Chaire, certains ont pu souligner qu'une telle recommandation de présomption de responsabilité ne serait justifiée qu'en présence d'une obligation de résultat et non une obligation de moyen. Or, il serait délicat de retenir une obligation de résultat de la part d'un acheteur en la matière. Par ailleurs, l'instauration d'un préalable du maître d'ouvrage serait contreproductive et chronophage, sans compter l'absence de faute qui lui serait imputable.

Pour autant, d'autres interventions ont permis de souligner l'utilité d'un tel préalable et d'une telle présomption. D'une part, il est presque impossible, pour un opérateur économique, d'avoir connaissance des autres contrats conclus entre le maître d'ouvrage et les intervenants sur le chantier. Dès lors, il est matériellement difficile de démontrer qu'une entreprise intervenante n'a pas exécuté ses obligations conformément à ses engagements contractuels. La communication des contrats est difficile, et celle des échanges entre les parties en cause lors de l'exécution impossible. D'autre part, la présomption de responsabilité a pu être justifiée, pour certains, en raison du mandat qui lie le maître d'ouvrage à l'assistance à maîtrise d'ouvrage ou au maître d'œuvre comme ceci peut, parfois, s'observer lorsqu'une entreprise fait intervenir d'autres opérateurs économiques pour la réalisation d'un projet.

Conformément à son objectif d'analyser les effets des règles juridiques du droit de la commande publique en tenant compte des différents intérêts en présence (c'est-à-dire les intérêts des autorités contractantes, des opérateurs économiques et des contribuables) et de proposer des recommandations à l'aune de ces considérations pragmatiques, la Chaire recommande d'encadrer la jurisprudence *Région Haute-Normandie* par l'instauration d'un régime de responsabilité du maître d'ouvrage pour faute présumée. L'exonération de cette responsabilité résulterait, alors, de la démonstration par l'autorité contractante de la preuve que toutes les mesures nécessaires au bon déroulement de l'exécution du contrat ont été prises par elle-même ou l'intervenant tiers responsable des préjudices subis par le titulaire. Il est à remarquer que, selon un membre de la juridiction administrative, une telle présomption pourrait revenir au même que dans la situation actuelle, s'agissant de la responsabilité du maître d'ouvrage public qui ne serait alors pas nécessairement plus souvent engagée qu'actuellement. En revanche, cela serait de nature à faciliter, pour les entreprises victimes des retards de chantiers, la preuve des causes de retard qui ont pour origine les autres participants à l'opération de travaux publics.

Proposition subsidiaire. À titre subsidiaire, si la recommandation principale n'est pas suivie, une fiche technique ou un guide pourrait être publié par la DAJ afin de présenter de manière opérationnelle les conditions dans lesquelles les responsabilités du maître d'ouvrage public et des différents intervenants sur un chantier peuvent être engagées, en prenant en considération la jurisprudence *Région Haute-Normandie*.

F. Sécurisation du risque pénal d'atteinte à la probité

RECOMMANDATION JURIDIQUE N° 6

Réviser le Code pénal pour insister sur la nécessité de l'élément moral pour caractériser un délit d'octroi d'avantages injustifiés ou de prise illégale d'intérêts.

Position de la Cour de cassation. Le délit de prise illégale d'intérêts et le délit de favoritisme sont une source de risque non négligeable du fait que leur caractérisation repose sur la simple constatation de l'élément matériel de l'infraction. En effet, la jurisprudence de la Cour de cassation présume (de manière presque irréfragable) l'élément moral dès lors qu'il y a eu violation des dispositions du Code de la commande publique ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession⁶⁵⁸. L'intention de nuire et l'ignorance des règles encadrant la commande publique ne sont pas de nature à lever cette présomption⁶⁵⁹.

Utilité du rétablissement de l'élément moral. Si la position de la Cour de cassation peut se comprendre au regard de l'objectif poursuivi (la probité de l'action publique), il demeure qu'en déconnectant ces délits de leur élément moral, la juridiction judiciaire accroît les risques pesant dans la commande publique sur les autorités contractantes et, du fait du recel éventuel, des opérateurs économiques. L'appréhension de ce risque pénal est de nature à réduire les marges de manœuvre des autorités contractantes lors de la passation des contrats, notamment en cas de négociation, ou lors de l'exécution dans le cadre des modifications contractuelles.

⁶⁵⁸ Cass. Crim., 14 janv. 2004, n° 03-83.396 ; Cass. Crim., 14 déc. 2005, n° 05-83.898.

⁶⁵⁹ Cass. Crim., 14 déc. 2011, n° 11-82.854 ; Cass. Crim., 15 sept. 1999, n° 98-87.588 ; Cass. Crim., 27 nov. 2002, n° 02-81-581.

Par ailleurs, l'office du juge des référés et du juge des contrats permettant l'annulation d'une procédure de passation, d'un contrat ou d'un avenant est un élément favorable au retour de la démonstration de l'élément moral dans la caractérisation d'une de ces infractions pénales. En effet, la violation des règles du Code de la commande publique ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession peuvent, sous conditions, motiver une sanction en annulation des procédures de passation, d'un contrat ou d'un avenant, sans qu'un élément moral n'intervienne dans la réflexion. La présomption de l'élément moral des infractions pénales susmentionnées semble ainsi de moins en moins justifiée à mesure que le juge des référés et le juge du contrat accroissent leur contrôle sur la commande publique.

Enfin, le rétablissement de l'élément moral permettrait de garantir une cohérence d'ensemble du droit pénal à la suite de la décision de la Cour de justice de la République du 29 novembre 2023 déclarant non coupable et relaxant des faits de prise illégale d'intérêts un ministre en exercice pour absence d'élément moral⁶⁶⁰.

Réforme du Code pénal. La Chaire propose au législateur de revenir sur la jurisprudence de la Cour de cassation afin d'insister sur l'élément moral dans la caractérisation du délit d'octroi d'avantages injustifiés (ou délit de favoritisme) et du délit de prise illégale d'intérêt, et de rappeler que la seule méconnaissance des dispositions du Code de la commande publique ne suffit pas à caractériser lesdites infractions.

Par conséquent, les articles 432-12 et 432-14 du Code pénal pourraient être ainsi modifiés :

⁶⁶⁰ CJR, 29 nov. 2023, n° 1 : https://www.courdecassation.fr/files/files/D%C3%A9cisions_CJR/ARRET_CJR-01_29novembre%202023.pdf.

CODE PÉNAL	
Version actuelle	Version recommandée
Chapitre II : Des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique	Chapitre II : Des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique
Section 3 : Des manquements au devoir de probité	Section 3 : Des manquements au devoir de probité
Paragraphe 3 : De la prise illégale d'intérêts	Paragraphe 3 : De la prise illégale d'intérêts
<p style="text-align: center;">Article 432-12</p> <p>Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.</p>	<p style="text-align: center;">Article 432-12 <i>(modifié)</i></p> <p>Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou par une personne investie d'un mandat électif public, de prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité dans une entreprise ou dans une opération dont elle a, au moment de l'acte, en tout ou partie, la charge d'assurer la surveillance, l'administration, la liquidation ou le paiement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et d'une amende de 500 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction.</p> <p style="text-align: center;"><u>L'intention de l'auteur de l'infraction prévue à l'alinéa précédent ne peut pas être présumée.</u></p> <p>[...]</p> <p style="text-align: center;">Article 432-12-1 <i>(inchangé)</i></p> <p style="text-align: center;">Article 432-13 <i>(inchangé)</i></p>
[...]	

Article 432-12-1 (*inchangé*)

Article 432-13 (*inchangé*)

Paragraphe 4 : Des atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession

Article 432-14

Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession.

Paragraphe 4 : Des atteintes à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession

Article 432-14 (*modifié*)

Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'État, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les contrats de concession.

L'intention de l'auteur de l'infraction prévue à l'alinéa précédent ne peut pas être présumée.

Axe n° 3 : Assurer une cohésion entre la commande publique et le secteur des assurances et accompagner les autorités contractantes pour leurs marchés d'assurance

Justification. Les autorités contractantes rencontrent de plus en plus de difficultés pour être assurées. Elles sont confrontées à des appels d'offres infructueux ou à des offres inacceptables. Les raisons sont multiples pour justifier la frilosité des assureurs. Tout d'abord, le secteur public n'est pas formé au domaine assurantiel et aux spécificités du droit des assurances. De plus, un manque d'accompagnement et d'assistance se constate auprès des autorités contractantes dans la préparation des marchés d'assurance. D'ailleurs, comme le souligne le rapport de la Commission des finances du Sénat publié le 28 mars 2024⁶⁶¹, les collectivités territoriales ne mobilisent pas l'ensemble des outils offerts par le Code de la commande publique pour passer les marchés d'assurance. Elles privilégient les appels d'offres par crainte de risques contentieux plutôt que de recourir à la procédure négociée pourtant adaptée à la complexité de ces marchés (sauf à ce qu'ils n'aient pour objet que d'assurer un risque simple). De leur côté, le secteur assurantiel semble peu propice à la concurrence et peu enclin à accepter les cahiers des clauses des marchés publics – étant plus habituées à imposer leurs conditions et les dispositions du Code des assurances.

Dès lors, ce troisième axe a pour objectif de renforcer l'accompagnement des autorités contractantes pour leurs marchés d'assurance et de (ré)concilier les deux secteurs.

Suivant partiellement la Commission des finances du Sénat, la Chaire propose deux recommandations de formation et d'accompagnement des acheteurs pour leurs marchés d'assurance (**A.**), une recommandation de promotion du recours à la procédure négociée pour la passation des marchés d'assurance et d'insertion de clauses de franchises dans ces contrats (**B.**) et une recommandation de réforme du Code des assurances et du Code de la

⁶⁶¹ Commission des finances, Jean-François HUSSON (rapporteur), *Les problèmes assurantiers des collectivités territoriales*, Paris, Sénat, 28 mars 2024, *op. cit.*.

commande publique afin de concilier les deux secteurs sur la problématique de la résiliation unilatérale à l'initiative de la compagnie d'assurance (C.).

A. Formation et accompagnement des acheteurs en matière assurantielle

RECOMMANDATION OPÉRATIONNELLE N° 3

Former les agents des autorités contractantes au secteur des assurances.

RECOMMANDATION OPÉRATIONNELLE N° 4

Recourir au sourcing et à l'assistance externe de spécialistes en assurance pour la définition des besoins des marchés d'assurance.

Nécessité des formations. Au regard des spécificités propres au droit des assurances, et en raison de la faible proportion d'enseignements dispensés de droit des assurances dans les filières diplômantes en droit public, des formations par des spécialistes en assurance seraient utiles, voire indispensables pour accroître la qualité des clauses administratives des appels d'offres et la connaissance du secteur des assurances par les agents publics.

En effet, comme le souligne le rapport de la Commission des finances du Sénat :

« [...] il paraît utile de former les acheteurs publics aux aspects parfois contradictoires des contrats d'assurance et des marchés publics, qui peuvent être source d'incompréhension au stade de la passation et de conflits au cours de l'exécution.

Alors que le contrat d'assurance est, en principe, un contrat d'adhésion auquel l'acheteur souscrit sans pouvoir négocier les stipulations contractuelles, le marché public d'assurance est élaboré par l'acheteur lui-même dans une logique symétrique de contrat d'adhésion pour les soumissionnaires dès lors que le code de la commande publique lui impose de définir son besoin avant de lancer sa procédure et donc les garanties de couverture de ses risques.

Ce défaut de connaissance du contrat d'assurance par les collectivités ressort assez nettement des résultats de la consultation organisée par le Sénat puisque près de 50 % d'entre elles estiment ne pas avoir une connaissance suffisante du fonctionnement de leurs contrats d'assurance.

Par ailleurs, 62 % des collectivités ayant répondu indiquent souhaiter une formation en matière assurantielle (et non pas en matière de passation des marchés).

De manière coordonnée, il paraît donc nécessaire que les collectivités sollicitent des formations auprès des assureurs sur le fonctionnement des contrats d'assurance, tout comme, en parallèle, les assureurs doivent initier des actions de sensibilisation à leurs métiers et leurs contraintes. »⁶⁶²

Ainsi, la commission préconise dans sa recommandation n° 8 de « *mettre en place des actions de formation et de sensibilisation au fonctionnement du marché et des contrats d'assurance (collectivités territoriales, en lien avec les assureurs)* »⁶⁶³.

Dans la continuité, la Chaire propose aux autorités contractantes de former leurs services achats et juridiques au droit des assurances. En revanche, à l'inverse de la Commission des finances du Sénat, la Chaire insiste sur le fait que ces formations ne doivent pas être dispensées par des courtiers ou des compagnies d'assurance afin d'éviter tout risque éthique et pénal. Il convient d'assurer l'égalité de traitement des candidats et de s'assurer que ces formations ne deviennent pas un moyen détourné pour des compagnies d'assurance de remporter des contrats futurs.

Accompagnement par des courtiers ou conseils. Par ailleurs, la Commission des finances du Sénat incite les autorités contractantes à « *faire appel à un audit ou à un conseil, lesquels ne sont pas nécessairement des intermédiaires d'assurance, afin de l'aider à décrire les risques, définir les besoins, organiser les visites des lieux, établir un plan de présentation des offres pour les rendre comparables, établir les critères de sélection ou encore analyser les offres* »⁶⁶⁴, éventuellement en recourant à un courtier en assurance pour la définition des besoins et la préparation des pièces du marché. Selon l'enquête menée par la Commission des finances

⁶⁶² Commission des finances, Jean-François HUSSON (rapporteur), *Les problèmes assurantiels des collectivités territoriales*, Paris, Sénat, 28 mars 2024, *op. cit.*, spéc. justification de la recommandation n° 8.

⁶⁶³ *Idem.*

⁶⁶⁴ *Ibidem*, spéc. justification de la recommandation n° 9.

du Sénat, 38 % des collectivités territoriales sondées font appel à des cabinets de conseil en assurance, ceux-ci leur permettant de mieux orienter leur stratégie d'achat en matière d'assurance et d'éviter des procédures infructueuses.

La Chaire suit donc la commission dans sa proposition de recommandation et ajoute l'incitation à recourir au sourçage, éventuellement au regard de la recommandation précédemment exposée (Recommandation juridique n° 2).

Parallèlement, la Chaire recommande aux compagnies d'assurance de former leurs agents au droit de la commande publique afin de tenir compte des spécificités propres aux marchés publics et de favoriser la compréhension mutuelle du secteur public et du secteur assurantiel.

B. Promotion du recours à la procédure négociée et insertion de clauses de franchises pour les marchés d'assurance

RECOMMANDATION JURIDIQUE N° 7

Mettre à jour le *Guide pratique pour la passation des marchés publics d'assurance des collectivités territoriales* de la DAJ, publié en juin 2008 afin de promouvoir le recours à la procédure négociée pour la passation des marchés d'assurance et la mise en place de clause prévoyant des franchises pour l'assurée dans les marchés d'assurance.

Problématique de l'infructuosité des appels d'offres. Les enquêtes de terrain confirment les résultats de la Commission des finances du Sénat : les appels d'offres en matière de marché des assurances sont souvent infructueux. Les recommandations doivent donc s'inscrire dans une démarche permettant de rassurer les assureurs et d'éviter l'infructuosité des appels d'offres dont les raisons se trouvent généralement dans un manque de dialogue et de compréhension mutuelle des deux secteurs.

Actualiser le Guide pratique de la DAJ de juin 2008⁶⁶⁵. L'accompagnement des autorités contractantes en matière de passation des marchés d'assurance doit se faire avec pédagogie pour les rassurer quant aux possibilités offertes par les dispositions du Code de la commande publique. Il est possible, sauf à ce que le risque à couvrir soit simple, de recourir à la procédure négociée ou au dialogue compétitif et non à un simple appel d'offres :

« [...] sauf lorsque l'autorité contractante envisage de passer un marché d'assurance ne visant à couvrir qu'un seul risque simple, la spécificité des marchés d'assurances suppose, pour bien couvrir le profil de risque de l'acheteur et l'ensemble des risques à assurer, une adaptation de l'offre des compagnies d'assurances. Par définition, ces risques ne sont pas standards et l'acheteur doit pouvoir bénéficier des propositions d'offres optimisées par des professionnels du secteur, afin de personnaliser du mieux possible l'offre à son besoin spécifique. »⁶⁶⁶

Or, sur les procédures, étant donné qu'il ne tient pas en compte les évolutions normatives issues de la transposition des directives de 2014, le guide de 2008 privilégie le recours à l'appel d'offres public et non aux procédures négociées :

« Question 20. Quelle procédure de passation des marchés utiliser ?

***L'appel d'offres ouvert doit être privilégié.** Cette procédure permet au pouvoir adjudicateur de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats, parmi l'ensemble des offres déposées par les candidats.*

Ponctuellement, pour des risques très spécifiques** (exemple : assurance d'œuvres d'art prêtées sous réserve d'une souscription auprès d'un assureur déterminé), **le marché négocié peut être approprié.

*Question 21. Le **dialogue compétitif** est-il praticable dans le cas d'un marché public d'assurances ?*

⁶⁶⁵ DAJ, *Guide pratique pour la passation des marchés publics d'assurance des collectivités locales*, Ministère de l'économie et des finances, Juin 2008, disponible en ligne : https://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/publications/autres_documents/guide_passation_marches_publics_assurances_collectivites_locales/guide_passation_mp.pdf?v=1580282628.

⁶⁶⁶ Rapport de la Commission des finances précité (spéc. justification de la recommandation n° 7).

*Cette procédure paraît **difficilement utilisable dans le domaine de l'assurance.** Elle ne présente en effet d'intérêt que **lorsque le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir son besoin, ce qui n'est pas le cas dans le cadre d'un marché public d'assurance.** »⁶⁶⁷ [Nous soulignons]*

Encourager la négociation. Une actualisation du guide serait propice à encourager les autorités contractantes à recourir aux procédures avec négociation. Ce serait aussi l'occasion pour la DAJ de préciser les bonnes pratiques à suivre pour sécuriser juridiquement le marché et sa passation, ainsi que d'accroître son efficacité. En ce sens, comme le relève la commission du Sénat, le guide pourrait « *indiquer les précautions à prendre en cas de recours à la procédure négociée ou à celle du dialogue compétitif pour en identifier les avantages et les risques mais aussi et surtout [...] lister des exemples de recours possibles à ces deux procédures dans un contexte le plus sécurisé juridiquement* »⁶⁶⁸.

Promouvoir le sourçage. De plus, le guide pourrait proposer de bonnes pratiques d'encadrement des échanges avec les assureurs afin de respecter l'égalité de traitement des candidats et la transparence soit avec le sourçage, soit en autorisant des visites sur site, soit en répondant aux demandes d'informations complémentaires, soit en demandant des précisions aux candidats, soit en formulant des spécifications techniques et des conditions d'exécution de manière ouverte pour permettre à chaque concurrent de se distinguer.

Actuellement, sur le recours à des spécialistes pour la préparation du marché, le guide le prévoit par l'intermédiaire d'audits ou de conseils externes, avec une mise en garde quant à la participation de l'auditeur ou du conseil à la consultation ultérieure⁶⁶⁹. Il conviendrait d'approfondir cette partie en y insérant le sourçage.

Systématiser les franchises. Par ailleurs, la Commission des finances du Sénat souhaiterait que les franchises soient systématisées dans les marchés d'assurance⁶⁷⁰. La Chaire partage cette proposition. En prévoyant systématiquement des franchises dans les marchés d'assurance, le secteur public ferait un pas vers le secteur assurantiel qui, pour sa stabilité financière, nécessite la prise en compte de franchise dans les polices d'assurance. Ceci

⁶⁶⁷ DAJ, *Guide pratique pour la passation des marchés publics d'assurance des collectivités locales*, op. cit., p. 24.

⁶⁶⁸ Rapport de la Commission des finances précité (spéc. justification de la recommandation n° 7).

⁶⁶⁹ DAJ, *Guide pratique pour la passation des marchés publics d'assurance des collectivités locales*, op. cit., p. 5-6.

⁶⁷⁰ Rapport de la Commission des finances précité (spéc. recommandation n° 11).

attesterait d'une compréhension du secteur des assurances et pourrait réduire les appels d'offres infructueux.

Dans la version actuelle, le guide indique, sur les franchises :

« Question 4. Qu'est-ce qu'une franchise ? Qui en fixe le montant ? Quel est son impact sur le montant des primes ?

La franchise est le montant du sinistre en-deçà duquel l'assuré se trouve contractuellement en situation d'auto-assurance. Ce montant est fixé selon plusieurs critères. Il permet de ne pas prendre en compte, les sinistres dont le coût est faible au regard des frais de déclaration et de traitement d'un dossier. En cas de sinistre, selon les conditions contractuelles, le montant de la franchise peut ou non être déduit de l'indemnité versée.

La franchise concerne toutes les branches d'assurance : incendie, accidents, responsabilité civile, protection juridique...

Il appartient à la collectivité de déterminer les critères retenus pour élaborer un cahier des charges sans franchise ou avec franchises, les types de franchises retenues et leur niveau, en fonction des différents marchés. **La collectivité a la possibilité d'autoriser les variantes**, en fixant les différents niveaux de franchise qu'elle souhaite voir proposer par les candidats, **en précisant que le rapport entre le niveau de franchise et le montant de la prime peut constituer un critère de choix pour le pouvoir adjudicateur**. Le **dispositif retenu devra être simple**, de façon à faciliter la comparaison des différentes offres.

Dans tous les cas, les offres doivent respecter les cahiers de charges ; sous peine de rejet. »⁶⁷¹ [Nous soulignons]

Il serait pertinent de modifier le paragraphe souligné en préconisant l'insertion de franchise dans les clauses du marché et que la franchise soit un élément d'évaluation des offres.

Présentation du guide. Enfin, la présentation même du guide de 2008 pourrait être révisée en mobilisant le *legal design* et en s'inspirant de la présentation des récents guides de la DAJ. La forme actuelle du guide, sous forme essentiellement de questions-réponses, n'est

⁶⁷¹ DAJ, *Guide pratique pour la passation des marchés publics d'assurance des collectivités locales*, op. cit., p. 14.

pas idéale pour sensibiliser les lecteurs qui peuvent rencontrer des difficultés pour se repérer dans le flux de questions-réponses.

C. Réforme du Code des assurances et du Code de la commande publique

RECOMMANDATION JURIDIQUE N° 8

Modifier le Code des assurances et le Code de la commande publique pour préciser la jurisprudence du Conseil d'État *Grand port maritime de Marseille* en imposant un délai minimal de six mois pour une résiliation unilatérale à l'initiative de l'assureur et une motivation justifiant cette résiliation.

Sécuriser la résiliation des marchés d'assurance. La Chaire recommande de codifier la jurisprudence du Conseil d'État *Grand port maritime de Marseille* (précitée) en imposant un délai minimal de six mois de préavis pour la validité de la résiliation à l'initiative de l'assureur. La Chaire rejoint la Commission des finances du Sénat qui propose au législateur, dans sa recommandation n° 12, de « *porter la durée minimum de préavis à six mois en cas de résiliation d'un contrat par l'assureur pour les collectivités et leurs établissements, et obliger les assureurs à justifier les résiliations unilatérales* ».

Par dérogation aux dispositions de l'article L. 113-12 du Code des assurances, un article L. 113-12-3 instaurerait un délai de six mois minimum pour la résiliation à l'initiative de l'assureur ou à l'initiative des autorités contractantes. Une motivation est, en outre, exigée pour la validité de la décision unilatérale de résiliation à l'initiative de l'assureur, à l'instar de ce que prévoit l'article L. 113-12-1 du Code des assurances pour les personnes physiques en dehors de leurs activités professionnelles. Cette motivation permettrait d'éviter l'incompréhension des autorités contractantes :

« [...] les auditions menées par la mission ont mis en exergue que, dans de nombreux cas, les résiliations sont intervenues sans justification et explication de la part des assureurs [...]. Il en est résulté une incompréhension des élus, surtout

dans les collectivités qui n'avaient pas enregistré d'augmentation de leur sinistralité. »⁶⁷²

Enfin, cette révision permettrait d'insister sur les limites aux modifications des marchés d'assurance par les assureurs au regard des règles de la commande publique, dans un nouvel article L. 112-3-1 du Code des assurances qui renverrait au respect des dispositions des articles L. 2194-1 et R. 2194-1 à R. 2194-9 du Code de la commande publique.

De son côté, le Code de la commande publique renverrait aux nouvelles dispositions de l'article L. 113-12-3 du Code des assurances dans un nouvel article L. 2195-7 relatif à la résiliation des marchés d'assurance.

CODE DES ASSURANCES	
Version actuelle	Version recommandée
- PARTIE LÉGISLATIVE -	
Titre Ier : Règles communes aux assurances de dommages et aux assurances de personnes	Titre Ier : Règles communes aux assurances de dommages et aux assurances de personnes
Chapitre II : Conclusion et preuve du contrat d'assurance - Forme et transmission des polices	Chapitre II : Conclusion et preuve du contrat d'assurance - Forme et transmission des polices
Article L. 112-3 (<i>inchangé</i>)	Article L. 112-3 (<i>inchangé</i>)
	Article L. 112-3-1 (<i>nouveau</i>)
	<u>Dans le cas d'un contrat d'assurance soumis aux dispositions du Code de la commande publique, toute addition ou modification du contrat d'assurance primitif doit respecter, sous peine de nullité, les dispositions des articles L. 2194-1 et R. 2194-1 à R. 2194-9 du Code de la commande publique. La durée du contrat d'assurance est soumise aux dispositions des articles L. 2111-5 et R. 2112-4 du Code de la commande publique, périodes de reconductions comprises.</u>

⁶⁷² Rapport de la Commission des finances précité (spéc. justification de la recommandation n° 12).

Chapitre III : Obligations de l'assureur et de l'assuré

Articles L. 113-1 à L. 113-12-2 (*inchangés*)

Chapitre III : Obligations de l'assureur et de l'assuré

Articles L. 113-1 à L. 113-12-2 (*inchangés*)

Article L. 113-12-3 (*nouveau*)

Par dérogation aux dispositions de l'article L. 113-12, dans le cas d'un contrat d'assurance soumis aux dispositions du Code de la commande publique, l'assuré a le droit de résilier le contrat à tout moment, à la condition de respecter un délai de résiliation de six mois minimum.

La décision de l'assuré est notifiée à l'assureur dans les conditions prévues à l'article L. 113-14.

Dans ce même cas, l'assureur peut résilier le contrat à l'expiration d'un délai d'un an, à la condition de respecter un délai de résiliation de six mois minimum.

La décision de l'assureur est motivée et notifiée à l'assuré par lettre recommandée avec accusé réception.

Est notamment recevable, la motivation reposant sur la fréquence des sinistres ou l'aggravation significative de la probabilité de survenance d'un risque couvert par le contrat.

En tout état de cause, est recevable la décision de résiliation justifiée par le fait que l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions des articles L. 2194-1 et R. 2194-1 à R. 2194-9 du Code de la commande publique.

Le délai de résiliation prévu aux alinéas 1^{er} et 3 court à partir de la date figurant sur le

cachet de la poste ou de la date d'expédition de la notification.

CODE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Version actuelle

Version recommandée

**MARCHÉS PUBLICS
- PARTIE LÉGISLATIVE -**

Chapitre V : Résiliation du marché

Chapitre V : Résiliation du marché

Article L. 2195-1 à L. 2195-6 (*inchangés*)

Article L. 2195-1 à L. 2195-6 (*inchangés*)

Article L. 2195-7 (*nouveau*)

Dans le cas de marché d'assurance, la résiliation respecte les conditions posées aux dispositions de l'article L. 113-12-3 du Code des assurances.



BIBLIOGRAPHIE



BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

Grégory BERKOVICZ, Arnaud DEGORRE, Cyril BARADUC et Armand LANG, *L'économie des risques dans les projets publics*, Paris, L'Harmattan, 2016, 143 p.

Jean-François CALMETTE, *Les autoroutes, une affaire d'État*, Paris, LGDJ Lextenso, coll. « Systèmes pratique », 2021, 188 p.

Pascale GONOD, Fabrice MELLERAY et Philippe YOLKA (dir.), *Traité de droit administratif*, Tome 2, Paris, Dalloz, coll. « Traités Dalloz », 2011, 711 p.

Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Dalloz, rééd. 2002, 1150 p.

Hélène HOEPFFNER, *Droit des contrats administratifs*, 3^e éd., Dalloz, coll. « Cours Dalloz Série Droit public », 2022, 1054 p.

Thierry KIRAT (dir.), *Economie et droit du contrat administratif*, Paris, La documentation française, coll. « Perspectives sur la justice », 2005, 315 p.

François LICHÈRE et Laurent RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 12^e éd., LGDJ Lextenso, coll. « Manuel », 2021, 828 p.

François LICHÈRE, *Droit des contrats publics*, 3^e éd., Dalloz, coll. « Les mémentos Dalloz », 2020, 164 p.

Philippe MALINVAUD, *Droit de la construction*, 7^e éd., Paris, coll. « Dalloz Action », 2018, 2212 p.

Philippe MARAVAL, *Optimiser la commande publique. Organisation, acteurs et méthodes d'un service achats performant*, Paris, Dunod, 2015, 254 p.

Laurent RICHER, *La concession en débat*, Paris, LGDJ Lextenso, coll. « Systèmes perspectives », 2014, 219 p.

Jean-Baptiste VILA, *Contrat de délégation de service public. Exécution et extinction*, Paris, Dalloz, coll. « Dalloz Corpus », 2020, 228 p.

Jean-Baptiste VILA, *Contrat de délégation de service public. Notion et passation*, Paris, Dalloz, coll. « Dalloz Corpus », 2019, 180 p.

THÈSES

Gaële CHAMMING'S, *Le droit français de la commande publique à l'épreuve du contrat de partenariat. Du partage des risques à la réforme de l'État*, Thèse, Bordeaux IV, 2011.

Nicolas GABAYET, *L'aléa dans les contrats publics en droit anglais et français*, Thèse, Aix-Marseille, LGDJ Lextenso, coll. « Bibliothèque de droit public », Tome 288, 454 p.

Thomas PEZ, *Le risque dans les contrats administratifs*, Thèse, Paris 2 – Panthéon-Assas, LGDJ Lextenso, coll. « Bibliothèque de droit public », Tome 274, 2013, 950 p.

Clément ROUILLIER, *Recherches sur l'aléa dans la jurisprudence administrative. Etude du raisonnement juridique*, Thèse, Brest, Mare & Martin, 2022, 844 p.

Lucie SOURZAT, *Le contrat administratif résilient*, Thèse, Toulouse Capitole, LGDJ Lextenso, coll. « Bibliothèque de droit public », Tome 308, 2019, 684 p.

Laurent VIDAL, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Thèse, Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, Bruylant, 2005, 1392 p.

Jean-Baptiste VILA, *Recherches sur la notion d'amortissement en matière de contrats administratifs*, Thèse, Toulouse 1 Capitole, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2016, 521 p.

ARTICLES DE DOCTRINE

A. DALLOZ

Cédric BERNARD, François LICHÈRE et Romain MICALÈF, « La modification des contrats de la commande publique. Où en est-on cinq ans après l'entrée en vigueur du code de la commande publique ? », *AJDA*, 2023, p. 1594

François BRENET, « Les nouvelles bases du droit des concessions », *AJDA*, 2016, p. 992

Guylain CLAMOUR, « La place de la délégation de service public au sein de la commande publique », *AJDA*, 2013, p. 1429

Philippe COLEMAN, « Le financement privé des équipements publics après *Commune de Douai* », *AJDA*, 2022, p. 2298

Sophie CORIOLAND, « Commande publique et risque pénal », *AJ Pénal*, 2022, p. 563

Bertrand DACOSTA, « Contexte et portée de l'arrêt *Commune de Douai* », *AJDA*, 2020, p. 2280

Benoit DELAUNAY, « Quand l'État est son propre fournisseur – Retour sur la jurisprudence *Unipain* », *RFDA*, 2023, p. 281

Xavier DELPECH, « Le droit de la commande publique dans une zone de turbulence », *AJ Contrat*, 2020, p. 397

Norbert FOULQUIER, « Du principe de l'accession à la continuité du service public. Le fondement des biens de retour », *AJDA*, 2022, p. 2286

Alexandre GAUTHIER et Aldo SÉVINO, « La notion de rémunération substantiellement assurée par les résultats d'exploitation : le cas de la régie intéressée », *AJDA*, 2003, p. 828

Philippe GONZAGUE, « Concessions : la possibilité d'un prix », *AJDA*, 2019, p. 737

Hélène HOEPPFNER, « La théorie des biens de retour en dehors des concessions de service public », *AJDA*, 2022, p. 2291

Jean-François LAFAIX, « Les biens de retour », *RFDA*, 2020, p. 937

Nathalie LAVAL-MADER, « Les évolutions du risque pénal dans la gestion publique locale », *RFDA*, 2012, p. 707

Vanessa LEBON et Frank PISTONE, « Le coût économique de la sécurité juridique des marchés publics », *AJDA*, 2005, p. 1817

Gilles LE CHATELIER, « Mesures structurelles – Les investissements – La prolongation des concessions hydrauliques », *RFDA*, 2023, p. 65

Emmanuelle MAUPIN, « Publication de deux avis consultatifs sur les concessions d'autoroutes », *AJDA*, 2023, p. 1584

Fabrice MELLERAY, « Du pouvoir de résiliation unilatérale d'un contrat administratif par le cocontractant de l'administration », *AJDA*, 2015, p. 396

Martin MORALES, « Le prix négatif dans les marchés publics », *AJDA*, 2015, p. 1527

Sophie NICINSKI, « Que reste-t-il de la délégation de service public ? », *AJDA*, 2023, p. 162

Sophie NICINSKI, « La délégation de service public et le temps », *AJDA*, 2013, p. 1441

Thomas PEZ, « Le risque, les concessions et les marchés », *RFDA*, 2016, p. 237

Sébastien PLATON, « Délégation de service public et concession de services en droit de l'Union européenne », *AJDA*, 2013, p. 1448

Jean-Marie PONTIER, « La puissance publique et la prévention des risques », *AJDA*, 2003, p. 1752

Dorothée PRADINES et Thomas JANICOT, « Quand le « retour fait aimer l'adieu ». Dernières précisions sur l'application du régime des biens de retour », *AJDA*, 2022, p. 1204

Laurent RICHER, « Transparence et opération in house », *AJDA*, 2020, p. 118

Louis ROULET, « Contrats de concession de service public : à qui profite le risque ? », *AJDA*, 2020, p. 1830

David SOLDINI, « La délégation de service public, sa fonction, ses critères », *RFDA*, 2010, p. 1114

Philippe TERNEYRE, « Concessions autoroutières, pourquoi tant de haine ? », *AJDA*, 2021, p. 436

Philippe TERNEYRE, « La durée des contrats », *RFDA*, 2016, p. 276

B. LEXIS NEXIS

Mattéo BARTOLUCCI, « Le rapport de l’Autorité de régulation des transports sur les concessions autoroutières : en route vers de nouveaux modèles de contrat ? », *CMP*, 2023, n° 4, alerte 8

Noël CHAHID-NOURAI, Jean-Luc CHAMPY et Mikaël OUANICHE, « Les concessions d’autoroutes : mythes et réalité », *JCPA*, 2020, n° 51-52, 2340

Alexis DAMOUR et Bénédicte GRAULLE, « Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l’achat public », *Cahiers de droit de l’entreprise*, 2021, n° 1, dossier 3

Benoît DUPUIS, « Les risques de la discussion », *JCPA*, 2021, n° 46, 2343

Gabriel ECKERT, « Un an de droit des concessions et délégations de service public », *CMP*, 2021, n° 2, chron. 2

Gabriel ECKERT, « Un an de droit des concessions et délégations de service public », *CMP*, 2022, n° 2, chron. 2

Pascale IDOUX, « Risques juridiques et régulation », *Revue pratique de la prospective et de l’innovation*, 2022, n° 1, dossier 8

Bruno KOEBEL, « Répartition des surcoûts liés à la crise sanitaire », *CMP*, 2020, n° 12, comm. 351

Valentin LAMY, « Les liens entre règles de passation et difficultés d’exécution dans les contrats publics. Retour sur la deuxième enquête de la Chaire de droit des contrats publics », *JCPA*, 2021, n° 46, 2334

Florian LINDITCH, « Rapport du Sénat sur les concessions », *CMP*, 2020, n° 11, alerte 47

Florian LINDITCH, « Guide AFA : « Agents publics : les risques d'atteinte à la probité concernant les cadeaux et les invitations » », *CMP*, 2022, n° 11, 42

Frédéric LOMBARD, « La codification du critère de distinction marché/concession : le critère du risque opérationnel », *JCPA*, 2014, n 18-19, 2137

Julien MARTIN, « Les risques dans les marchés publics – Diagnostic et taxonomie », *JCPA*, 2021, n° 40, 2285

Julien MARTIN, « La hausse du coût des approvisionnements dans la commande publique : une liberté attendue après l'avis du Conseil d'État », *JCPA*, 2022, n° 40, 2276

Julien MARTIN, Gilles PELLISSIER et Jean-Baptiste VILA, « Chronique de droit des contrats publics – Décisions de janvier à août 2021 », *JCPA*, 2021, n° 40, 2284

Julien MARTIN et Gilles PELLISSIER, « Chronique de droit des contrats publics – Décisions de janvier à décembre 2018 », *JCPA*, n° 2019, 2046

Arnaud RAYNOUARD, « Le contrat, outil de prévision, et la révision pour imprévision : la place du risque dans l'exécution du contrat », *JCPG*, 2023, n° 12, doct. 397

Philippe REES, « Un an de responsabilité des constructeurs », *CMP*, 2022, n° 1, chron. 1

Bernard ROMAN, « L'équilibre économique des concessions d'autoroutes : éclairage par le président de l'Autorité de régulation des transports (ART) », *JCPA*, 2021, n° 7, 2056

Christophe ROUX, « Sans phares, sans bornes, sans concession : l'autoroute des doutes », *Dr. adm.*, 2023, n° 3, alerte 27

Christophe ROUX, « *Commune de Douai*, 10 ans après : bien des interrogations en retour... », *JCPA*, 2023, n° 6, 2048

Carine VAYSSE et Pierre VILLENEUVE, « Regards croisés sur la hausse du coût des approvisionnements dans la commande publique. L'éternel recommencement ? », *JCPA*, 2022, n° 28, 2217

Jean-Baptiste VILA, « La nature d'un contrat administratif relatif à l'exploitation d'un musée : mise en lumière avec la situation actuelle », *JCPA*, 2022, n° 48, 2334

Jean-Baptiste VILA et Yann WELS, « L'équilibre économique des autoroutes et la couverture du risque : une lapalissade juridique étatisée », *JCPA*, 2020, n° 48, 2313

C. LEXTENSO

Fanette AKOKA, « Le contrat de concession dans le patrimoine génétique de la commande publique », *Petites affiches*, 2019, n° 175, p. 9

Guillaume BRICKER, « Le portage immobilier : pour une maîtrise foncière sans risque », *Gazette du Palais*, 2018, n° 7, p. 54

Olivier BUISINE, « L'imprévision, outil de restructuration en temps de crise », *Gazette du Palais*, 2022, n° 15, p. 8

Jean-Luc CHAMPY, Noël DE SAINT-PULGENT, Brigitte LOYE DEROUBAIX et autres, « Quels risques ? Pour qui ? », *Petites affiches*, 2010, n° 171, p. 25

Jean-Mathieu GLATT, « Le recul de la notion de marché public : Les contrats de mobilier urbain », *Petites affiches*, 2015, n° 116, p. 4

Marie LHÉRITIER, « Vente en l'état futur d'achèvement et risque de requalification », *Gazette du Palais*, 2012, n° 306, p. 9

Fabrice MELLERAY et Benoît BRENET, « Convention domaniales, délégations de service public, mise en concurrence : l'affaire du stade Jean Bouin », *Dr. adm.*, 2011, n° 2, p. 36

Laurent RICHER, « Sur la nature juridique de la concession de service public », *Dr. adm.*, 2018, n° 7, p. 13

Léo VANIER, « De quoi l'externalisation permet-elle de faire l'économie ? », *Revue française de finances publiques*, 2020, n° 152, p. 37

Marie-Caroline VINCENT-LEGOUX, « Les aspects financiers des contrats de la commande publique et la prévention des risques des collectivités publiques », *Revue française de finances publiques*, 2019, n° 145, p. 83

D. LEXBASE

Stéphane BRACONNIER et Sophie PIGNON, « Surcoûts et manque à gagner dans les contrats de la commande publique : quelle prise en charge ? », *La lettre juridique*, 16 juil. 2020, n° 832

Stéphane BRACONNIER et Sophie PIGNON, « L'équilibre économique d'un contrat de concession : quand et comment le rétablir ? », *Lexbase Public*, 3 juin 2021, n° 628

Camille CUBAYNES et Grégory KALFLÈCHE, « De nouvelles précisions sur les conditions d'évaluation du manque à gagner en cas de remise en concurrence du contrat résilié pour motif d'intérêt général », *Lexbase Public*, 24 mai 2018, n° 503

Elizabeth DURIEUX, « La qualification de contrat de mobilier urbain en concession de services suppose le transfert d'un risque réel d'exploitation », *Lexbase Public*, 14 juin 2018, n° 506

Dominique JAMOIS et Dorian PIETTE, « Maîtrise des risques et contrôle interne dans les collectivités publiques : quel apport en temps de crise ? », *La lettre juridique*, 15 oct. 2009, n° 367

Sylvie LARIDAN, « La commande publique à quel prix ? – Clauses de révision des prix : constitution et pathologies », *Lexbase Public*, 27 févr. 2020, n° 575

François LICHÈRE, « Les contrats publics à l'épreuve de la crise sanitaire – L'exécution dégradée des contrats administratifs de la commande publique et la crise sanitaire », *Lexbase Public*, 6 mai 2021, n° 625

Xavier LOIRÉ et Marie STASS, « Transfert du risque lié à l'exploitation d'une délégation de service public : le juge opère un contrôle de qualification juridique des faits », *Lexbase Public*, 21 avr. 2022, n° 664

Frédéric MARTY, « La commande publique à quel prix ? – Le Code de la commande publique est-il la garantie du meilleur prix ? », *Lexbase Public*, 27 févr. 2020, n° 575

Robert RÉZENTHEL, « L'équilibre entre l'intérêt général et les intérêts financiers des concessionnaires portuaires », *Lexbase Public*, 20 oct. 2022, n° 682

Laurent VIDAL et Raphaël WEISS, « La rémunération par certificats d'économies d'énergie de l'attributaire d'un marché public », *Lexbase Public*, 1^{er} déc. 2016, n° 439

E. LAMYLINE

Agathe BASTARD-ROSSET et Philippe PETIT, « Financement des associations : les critères de distinction entre subventions et contrats de commande publique (marchés publics et délégations de service public) », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, 1^{er} oct. 2010, n° 61

Pascal CADIEU, « Retour sur la « mise en risque » des collectivités territoriales (Partie 1/2) », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, 1^{er} déc. 2012, n° 85

Pascal CADIEU, « Retour sur la « mise en risque » des collectivités territoriales (Partie 2/2) », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, 1^{er} janv. 2013, n° 86

Pascal CADIEU et Nicolas JOSSELIN, « La commande publique ou les aléas d'une compétition économique et juridique », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, 1^{er} juin 2013, n° 91

David CAPITANT, « Le risque économique, nouveau critère de la délégation de service public ? », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, 1^{er} févr. 2009, n° 43

Marie-Françoise CASADÉI, « Des relations qui ne sont pas sans risque », *Revue Lamy des Collectivités territoriales*, 1^{er} oct. 2010, n° 61

Emmanuel GLASER, « Mandat administratif et concession d'aménagement », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, 1^{er} sept. 2020, n° 60

Xavier MATHARAN et Olivier RAYMUNDIE, « Mutualisation des services : le contrat comme alternative au « in house » ? », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, 1^{er} juil. 2010, n° 59

Mathieu NOËL, « Les contrats de mobiliers urbains peuvent-ils être qualifiés de contrats de délégation de service public ? », *Revue Lamy Collectivités territoriales*, 1^{er} oct. 2009, n° 50

Benjamin DE SEVIN, « Contrats d'exploitation des terminaux portuaires : précisions apportées par la loi d'orientation des mobilités (LOM) », *Le Droit maritime français*, 21 févr. 2020, n° 821

F. CAIRN

André BARILARI, « Commande publique et politiques publiques », *Gestion et Finances publiques*, 2017, n° 3, p. 99-103

Frédéric BONNET, « Quand le « risque » devient levier de développement... », *Tous urbains*, 2014, n° 8, p. 52-55

Elisabeth CAMPAGNAC et Géry DEFFONTAINES, « Une analyse socio-économique critique des PPP », *Revue d'économie industrielle*, n° 140, 2014, disponible en ligne : <http://journals.openedition.org/rei/5474>

Thierry COANUS, « La gestion des risques et sa *doxa* : un regard critique », *Tous urbains*, 2014, n° 8, p. 58-60

Henri COURIVAUD, « La concession de service public « à la française » confrontée au droit européen », *RIDE*, 2004, n° 4, p. 395-434

Thierry DAL FARRA, « Le risque pénal dans les marchés publics de travaux », *RDI*, 1998, p. 467

Grégory KALFLÈCHE, « Une frontière complexe : la distinction entre les contrats domaniaux et les contrats de la commande publique », *Droit et ville*, 2019, n° 87, p. 35-64

Thierry KIRAT, « L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats « incomplets » à la pratique des contrats administratifs », *RIDE*, 2003, n° 1, p. 11-46

Thierry KIRAT, « La gestion des risques », in Yann AGUILA (dir.), *Quelles perspectives pour la recherche juridique ?*, Presses Universitaires de France, 2007, p. 259-262

Thierry KIRAT et Frédéric MARTY, « La mise en œuvre de la réglementation : une lecture économique-juridique du secteur électrique et des marchés publics », *Économie & prévision*, 2006, vol. 175-176, n° 4-5, 2006, p. 101-116

Thierry KIRAT, Frédéric MARTY et Laurent VIDAL, « Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat », *RIDE*, 2005, n° 3, p. 291-318

Bernard LANDAU, « La maîtrise d'ouvrage urbaine en question, portée et limites des APUI (appels à projets urbains innovants) », *Tous urbains*, 2019, n° 25, p. 39-45

Fanny LAURENCE, « Mutations urbaines et infrastructures de transports : vers le service complet ? », *Tous urbains*, 2019, n° 25, p. 46-49

Ronan LE VELLY, « Quand la concurrence rencontre la durabilité : l'introduction du développement durable dans le droit de la commande publique », *Droit et société*, 2022, n° 110, p. 171-188

Frédéric MARTY et Arnaud VOISIN, « Le contrat de partenariat constitue-t-il une *private finance initiative* à la française ? », *RIDE*, 2006, n° 2, p. 131-150

Magali REGHEZZA-ZITT, « Villes, métropolisation et risques », *Tous urbains*, 2014, n° 8, p. 44-47

Stéphane SAUSSIER et Jean TIROLE, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », *Notes du Conseil d'analyse économique*, 2015, n° 22, p. 1-12

Benoît SCHMALTZ, « Mise en concurrence et propriétés publiques : quel champ d'application ? », *Droit et ville*, 2019, n° 87, p. 5-33

Jacques SPINDLER, « La transparence de la gestion publique : de la recherche d'un plus grand approfondissement à un risque d'opacité », *Gestion et Finances publiques*, 2020, n° 6, p. 68-77

Julien VIAU, « Pratiques relationnelles et commande publique : enjeux et perspectives », *Market management*, 2003, n° 3, p. 3-38

G. WESTLAW

Douglas AQUILINA, « The valuation of contracts for the purposes of the EU Public Contracts Directive », *PPLR*, 2018, 1, 1-32

Richard CRAVEN, « The EU's 2014 Concessions Directive », *PPLR*, 2014, 4, 188-200

Peter DETHLEFSEN, « Public services in EU – between state aid and public procurement rules », *PPLR*, 2007, 3, NA53-64

James DICKINSON et Sally ROE, « Issues for public procurements resulting from instability in global financial markets », *PPLR*, 2009, 3, NA95-97

Martin DISCHENDORFER, « Service concessions under the EC Procurement Directives: a note on the Telaustria case », *PPLR*, 2001, 2, NA57-63

Aris GEORGOPOULOS, « Office of Fair Trading report: the impact of public procurement on competition », *PPLR*, 2005, 2, NA48-50

Albert Sanchez GRAELLS, « Public procurement and state aid: reopening the debate? », *PPLR*, 2012, 6, 205-212

Kadri HARGINEN, « Duty of diligence of a contracting authority in EU public procurement law », *PPLR*, 2022, 2, 76-88

Francisco L. HERNANDEZ GONZALEZ, « The evolving concept of works and service concessions in European Union law », *PPLR*, 2016, 2, 51-60

John KITSOS, « Defining concessions in EU public procurement law: has Directive 2014/23 missed another opportunity for conceptual clarification? », *ELR*, 2018, 43(4), 549-568

Jean-Marc LONCLE, « Transfer of risks in PFI projects », *IBLJ*, 2000, 2, 143-150

David MCGOWAN, « Concessions: rescue, risk and remuneration – a note on Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler v Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau (C-274/09) », *PPLR*, 2011, 4, NA128-131

Sarah SCHOENMAEKERS, « The EU debarment rules: legal and economic rationale », *PPLR*, 2016, 3, 91-104

Catalin-Gabriel STANESCU, « Dead end for stabilisation clauses? The effects of the Concessions Directive on investor protection mechanisms in the energysector », 2018, *IELR*, 3 75-87

Steen TREUMER, « Transfert of contracts covered by the EU public procurement rules after insolvency », *PPLR*, 2014, 1, 21-31

Stefan E. WEISHAAR, « Cartels, Competition and Public Procurement. Law and Economics Approaches to Bid Rigging », *ECLR*, 2014, 35(2), p. 96-97

H. LE MONITEUR

Sophie NICINSKI, « La requalification des contrats de mobilier urbain en concession », *CP*, 2018, n° 190

Marion DELAIGUE ET Claire MANOUVRIEZ, « Les conditions de recours à une concession provisoire strictement encadrées par le juge administratif », *CP*, 2018, n° 190

Benoît NEVEU et Benoît POLDERMAN, « De l'évolution des tarifs des services publics concédés », *CP*, 2018, n° 190

Loïc HERLÉDAN ET Emeric MORICE, « Les obligations et les risques encourus en matière de sécurité par le maître de l'ouvrage public lors de la reprise des chantiers », *CP*, 2020, n° 211

Claudia ROMATIER et Karole VOISIN, « La prise illégale d'intérêts au stade de la passation des marchés publics : un champ de mines au service de la probité », *CP*, 2021, n° 221

Samuel DYENS et Julia ROTIVEL, « Rédiger une charte de déontologie de l'achat public », *CP*, 2021, n° 221

Laurent SERY, « Résiliation unilatérale irrégulière et indemnisation du titulaire du marché : un « divorce aux torts partagés » ? », *CP*, 2021, n° 223

Thomas DORD, « Anticiper, sécuriser et réussir l'achèvement de la procédure de passation des contrats de concessions locaux hors DSP », *CP*, 2022, n° 231

Astrid BOULLAULT, « Recours à la cession foncière avec charges : quel risque de qualification ? », *CP*, 2022, n° 231

Marie BERRAZAI et Guillaume GEFFROY, « La requalification des contrats immobiliers : quels sont les risques ? », *CP*, 2022, n° 231

Marie BERREZAI et Sophie GUILLON-COUDRAY, « La clause environnementale lors de la phase d'offre : conseils et recommandations », *CP*, 2022, n° 237

Pierre CAILLOCE, « Le risque d'exploitation des contrats de concession à l'épreuve de la flambée des prix », *CP*, 2022, n° 232

Emmanuelle BABEY, « Sous-traitance : quels risques pour le maître d'ouvrage », *CP*, 2017, n° 179

Matthieu HÉNON et Sonia KANOUN, « Sourcing et risque pénal », *CP*, 2018, n° 185

Astrid BOULLAULT, « Le « prix » comme critère de qualification des contrats de la commande publique », *CP*, 2019, n° 199

Emmanuel PEROIS, « Conseils pratiques pour la mise en œuvre des clauses de révision dans les marchés publics », *CP*, 2019, n° 199

Valérie BRAULT, « Conseils, recommandations pour éviter une mise en cause pénale au stade l'exécution », *CP*, 2018, n° 187

Rachel CATTIER et Alizée SCAILLIEREZ, « Les difficultés d'exécution dont le maître d'ouvrage doit répondre », *CP*, 2018, n° 192

Olivier LAFFITTE, « Le droit public de l'assurance construction : un chantier d'avenir », *CP*, 2018, n° 192

Sébastien PINOT, « Le risque d'exploitation dans les concessions de transport public à l'aune de la directive 2014/23/UE », *CP*, 2015, n° 154

Didier ADDA, « La gestion des risques dans les partenariats d'innovation », *CP*, 2016, n° 165

Didier ADDA et Marlyne GEORGE, « Les avantages et risques liés à la dématérialisation », *CP*, 2016, n° 167

Leslie BONNIEU, « Les risques d'une mauvaise évaluation des besoins », *CP*, 2014, n° 140

Vincent TOUCHARD, « Quels risques en matière d'offres anormalement basses ? », *CP*, 2014, n° 142

Olivier LAFFITTE et Marie-Sixtine DU RUSQUEC, « Comment sécuriser la rédaction des MAPA ? », *CP*, 2017, n° 174

Emmanuel PEROIS et Laurent SERY, « À quels risques peuvent s'exposer les acheteurs lorsqu'ils recourent aux MAPA ? », *CP*, 2017, n° 174

Pierre BEJAJI et Walter SALAMAND, « Le transfert des risques économiques en matière d'aménagement : une question majeure mal appréhendée », *CP*, 2014, n° 145

Sabine FAUCHER, « Place de la négociation dans les procédures formalisées et sécurité juridique », *CP*, 2017, n° 175

Philippe GUELLIER et François LEHOUX, « Du bon usage des CCAG pour sécuriser les marchés », *CP*, 2014, n° 146

CONCLUSIONS, NOTES ET COMMENTAIRES DE DÉCISIONS

Nicolas BOULOUIS, « Quand les cocontractants de l'administration peuvent-ils percevoir des recettes versées par des tiers ? », ccls. sous CE, 6 nov. 2009, *Société Prest'action*, n° 297877, *Revue Lamy Collectivités territoriales*, 1^{er} févr. 2010, n° 54

Jean-David DREYFUS, « Les contrats privés et publics de la commande publique : de faux jumeaux », note sous Cons. Const., 2 oct. 2020, n° 2020-857 QPC, *AJ Contrat*, 2020, p. 566

Guy DURAND, « L'appel à projets, zone à risques de la commande publique », note sous CAA Paris, 17 janv. 2020, *Société Beaumont Goodwill c. SIMCRA*, n° 19PA01355, *AJCT*, 2020, p. 363

Gabriel ECKERT, « Conséquences financières de l'annulation d'une délégation de service public de casino », *CMP*, 2021, n° 7, comm. 218

Gabriel ECKERT, « Service public et risque d'exploitation dans le cadre de la gestion muséale », comm. sous CE, 24 mars 2022, *Ville de Toulouse*, n° 449826, *CMP*, 2022, n° 6, comm. 174

Charles-André DUBREUIL, « Nouvelles récentes d'une illustre vieillarde : la théorie de l'imprévision », comm. CE, avis, 15 sept. 2022, n° 405540, *Revue des contrats*, mars 2023, p. 121

Philippe GRIMAUD et Olivier VILLEMAGNE, « Pas de concession sans risque, pas de marché de gré à gré sans urgence : l'organisation provisoire du service public ne permet pas de s'affranchir des qualifications textuelles », note sous CE, 24 mai 2017, *Société Régale des Îles*, n° 407213, *AJCT*, 2017, p. 513

Jacques HARDY, « La résistible classification des contrats de la commande publique », comm. sous CE, 7 mars 2014, n° 372897, *AJDA*, 2014, p. 1497

Marine HAULBERT, « La qualification des contrats de mobilier urbain ou le mythe de Sisyphe revisité », comm. sous CE, 25 mai 2018, n° 416825, *AJDA*, 2018, p. 1725

Hélène HOEPFFNER, « L'affichage publicitaire et la commande publique : de quelques problèmes de frontières », comm. sous CE, 3 déc. 2014, n° 384170, *AJDA*, 2015, p. 1107

Hélène HOEPFFNER, « L'encadrement de la modification d'une concession par les principes généraux de la commande publique », comm. sous CE, 9 mars 2018, n° 409972, *AJDA*, 2018, p. 1104

Hélène HOEPFFNER, « Qualification d'un contrat organisant un système public de location et d'usage partagé de véhicules électriques », comm. sous CJUE, 10 nov. 2022, *Sharengo*, aff. C-486/21, *CMP*, 2023, n° 2, comm. 47

Jean-François LAFAIX, « Les biens de retour immatériels », note sous CE, 16 mai 2022, *Commune de Nîmes*, n° 459904, *RFDA*, 2022, p. 803

Romain LEBLOND-MASSON, « L'entente entre collectivités territoriales, un mode de coopération méconnu exclu du champ du droit de la commande publique », note

sous CE, 3 févr. 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, n° 353737, *Petites affiches*, 2012, n° 82, p. 9

Isabelle LE BRIS, « Une limite à la notion de bien de retour dans la délégation de service public », ccls. sur CAA Bordeaux, 28 févr. 2023, n° 21BX01167, *AJDA*, 2023, p. 904

Yann LE FOLL, « Requalification d'une concession d'aménagement en marché public eu égard à l'absence de transfert du risque lié à l'exploitation », note sous CE, 18 mai 2021, n° 443153, *Lexbase Public*, 27 mai 2021, n° 627

Yann LE FOLL, « Caractère de concession de service du contrat portant sur l'enlèvement de véhicules abandonnés en fourrière », note sous CE, 9 juin 2021, n° 448948 et 448949, *Le Quotidien*, 18 juin 2021

Yann LE FOLL, « Absence de caractère de marchés publics des contrats de dépannage et de remorquage sur les autoroutes ! », note sous Cass. Com., 22 juin 2022, n° 19-25.434, *Le Quotidien*, 24 juin 2022

François LICHÈRE, « La modification des contrats de la commande publique en cas de circonstances imprévisibles : entre liberté contractuelle et insécurité juridique », comm. sous CE, avis, 15 sept. 2022, n° 405540, *JCP Entreprise et Affaires*, 2022, n° 41

François LICHÈRE, « Le nouveau pouvoir de modification unilatérale des clauses illicites des contrats administratifs et ses incertitudes », comm. sous CE, 8 mars 2023, *SIPPEREC*, n° 46419, *JCP Entreprise et Affaires*, 2023, n° 36

Florian LINDITCH, « Définition du marché – Absence de risque », note sous CE, 9 juin 2021, n° 448948, *JCPA*, 2021, n° 41, 2294

Florian LINDITCH, « Thème et variations récentes sur les contrats immobiliers et la commande publique », comm. CAA Marseille, 14 juin 2021, *Société nouvelle d'entreprise de spectacles*, n° 20MA02803, *JCPA*, 2021, n° 41, 2293

Emmanuelle MAUPIN, « Contrôle de la qualification juridique des faits constitutifs d'un transfert du risque », note sous CE, 24 mars 2022, *Commune de Toulouse*, n° 449826, *AJDA*, 2022, p. 658

Jean-Marc PASTOR, « La distinction délicate entre marché public et DSP au regard de la notion de risque », note sous CE, 5 juin 2009, *Société Avenance-enseignement et santé*, n° 298641, *AJDA*, 2009, p. 1129

Hélène PAULIAT, « Des précisions sur le critère d'identification d'une concession de service », comm. sous CE, 9 juin 2021, *Ville de Paris*, n° 448948, *JCPA*, 2021, n° 37, 2271

Gilles PELLISSIER, « Requalification d'un contrat dénommé « concession de service public » en marché public en l'absence de transfert d'un risque lié à l'exploitation », ccls. sur CE, 24 mai 2017, n° 407213, *Lexbase Public*, 8 juin 2017

Dominique POUYAUD, « Les pouvoirs de la personne publique en cas d'illicéité d'une clause du contrat », note sous CE, 8 mars 2023, *SIPPEREC*, n° 464619, *RFDA*, 2023, p. 485

Hervé SÉVILLE, « Du risque d'exploitation réellement supporté par le délégataire du service public de transports urbains », ccls. sur TA Lyon, 24 mars 2011, n° 0805377, *AJDA*, 2011, p. 1510

Pierre SUBRA DE BIEUSSES, « Convention d'entente intercommunale et délégation de service public », note sous CE, 3 févr. 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, n° 353737, *Petites affiches*, 2012, n° 150, p. 6

Renaud THIELÉ, « Résiliation d'une DSP avant son terme : quelle indemnisation pour le délégataire ? », ccls. sur CAA Marseille, 9 nov. 2020, n° 18MA03348, *AJDA*, 2021, p. 282

Jean-Baptiste VILA, « Le risque et la nouvelle frontière entre les concessions et les marchés publics : les précisions du Conseil d'État », comm. sous CE, 4 mars 2021, *Département de la Loire*, n° 438859, *JCPA*, 2021, n° 25, 2199

Jean-Baptiste VILA, « L'indemnisation des frais financiers en cas de nullité du contrat de délégation de service public », comm. sous CE, 9 mars 2018, *Société GSN-DSP*, n° 406669, *JCPA*, 2018, n° 35, 2232

Willy ZIMMER, « Notion de risque d'exploitation dans la définition de la concession de service », comm. sous CJUE, 10 sept. 2009, *WAZV Gotha c/ Eurawasser*, aff. C-206/08, *CMP*, 2009, n° 10, comm. 329

ARTICLES D'ACTUALITÉS JURIDIQUES

A. GAZETTE DES COMMUNES

Raphaël APELBAUMET Alain DE BELENET, « Nouveau régime juridique des concessions – Mode d'emploi », *Gazette des communes*, 3 mars 2016

Elise CHAPEL et Bastien DAVID, « Comment recourir à la vente en l'état futur d'achèvement sans risque », *Gazette des communes*, 13 sept. 2023

Pierre-Manuel CLOIX, « Corruption et marchés publics : des outils pour anticiper le risque », *Gazette des communes*, 26 mai 2021

Mathilde ELIE, « Confrontés aux surcoûts, les acheteurs jouent les équilibristes », *Gazette des communes*, 29 mars 2023

Yvan GOUTAL, « Appréhender le financement participatif en toute sécurité juridique », *Gazette des communes*, 27 juil. 2022

Léna JABRE, « Commande publique : mettre en œuvre la garantie décennale pour des dommages subis par un tiers », *Gazette des communes*, 8 juil. 2020

Léna JABRE, « Le contrôle du juge sur le transfert du risque dans le cadre d'une DSP », *Gazette des communes*, 29 mars 2022

Léna JABRE, « Dans une DSP, surestimer la fréquentation du service public peut engager la responsabilité du délégant », *Gazette des communes*, 12 avr. 2023

Léna JABRE, « Renoncer à conclure un contrat : un risque de conflit d'intérêt peut être un motif d'intérêt général », *Gazette des communes*, 13 juil. 2023

Isabelle JARJAILLE, « Concessions : et à la fin, c'est la collectivité qui paie », *Gazette des communes*, 6 juin 2018

Isabelle JARJAILLE, « Les entreprises publiques locales, une solution miracles ? », *Gazette des communes*, 24 juin 2019

Isabelle JARJAILLE, « Créer une EPL, un mode de gestion qui séduit dans tous les domaines », *Gazette des communes*, 25 juin 2019

Isabelle JARJAILLE, « La Cour des comptes vigilante sur la perte de contrôle des EPL », *Gazette des communes*, 26 juin 2019

Isabelle JARJAILLE, « Entreprises publiques locales : les clés pour éviter les dérives », *Gazette des communes*, 27 juin 2019

Isabelle JARJAILLE, « DSP : Opacité, surcoûts, manque à gagner... autant de risques à anticiper », *Gazette des communes*, 13 nov. 2019

Isabelle JARJAILLE, « Impact du Covid-19 sur les DSP : l'indemnité n'est pas automatique », *Gazette des communes*, 7 oct. 2020

Jean-Marc JOANNÈS, « Le risque juridique communautaire local, c'est maintenant ! », *Gazette des communes*, 25 janv. 2017

Lauraine KLEIN et Anna Maria SMOLINSKA, « La VEFA, un marché public pas comme les autres », *Gazette des communes*, 4 juil. 2016

Catherine LE GALL, « Partenariat Public-Privé. Des atouts indéniables mais des risques énormes », *Gazette des communes (Club finances)*, 26 juin 2014

Jérôme MICHON, « Surcoûts dans les marchés publics (2/7) : réponse graduée selon le déséquilibre financier », *Gazette des communes*, 27 juil. 2022

Anne-Claire POIRIER, « Fourniture d'énergie : une faillite et beaucoup de questions », *Gazette des communes*, 2 déc. 2021

Gabriel ZIGNANI, « Lorsqu'une commune fait le mort, il peut y avoir résiliation tacite du contrat », *Gazette des communes*, 22 déc. 2020

Gabriel ZIGNANI, « Réinterroger ses besoins avant de passer commande », *Gazette des communes*, 16 mars 2023

B. LE MONITEUR

Elina ASIKA et Marie-Hélène PACHEN-LEFEVRE, « La concession d'aménagement sans transfert de risque, une survivante ! », *Le Moniteur.fr*, 26 août 2016

Maryline BESSONE, « Transports publics urbains. Quel contrat de délégation choisir ? », *Le Moniteur.fr*, 14 mai 1999

Aline BOURCEREAU, « Mieux gérer le risque pénal dans un financement de projet », *Le Moniteur.fr*, 2 janv. 2015

Clémence HUGUENGY et Nicolas NAHMIAS, « Le risque de requalification des contrats de Vefa en marchés publics », *Le Moniteur.fr*, 30 juil. 2021

Christophe CABANES et Benoit NEVEU, « Contrats de partenariat public-privé : Comment anticiper les risques », *Le Moniteur.fr*, 21 janv. 2005

Patricia COUSIN, « Responsabilité des constructeurs Risques intermédiaires et enjeux financiers », 26 janv. 2001

Mendi FRIGAUX et Xavier LOIRÉ, « Le transfert du risque dans les DSP d'eau et d'assainissement », *Le Moniteur.fr*, 31 déc. 2020

Nohmana KHALID, « En PPP, des risques de dérapages de coûts et de délais moindres qu'en maîtrise d'ouvrage publique ? », *Le Moniteur.fr*, 25 mars 2016

Cyril LAROCHE, « La résiliation aux frais et risques du titulaire », *Le Moniteur.fr*, 17 janv. 2014

Gilles LE CHATELIER, « Les contrats de mobilier urbain peuvent être des contrats de concession », *Le Moniteur.fr*, 13 juil. 2018

Gilles LE CHATELIER, « La concession d'aménagement était un marché public faute de risque économique supporté par le concessionnaire », *Le Moniteur.fr*, 2 juill. 2021

Gilles LE CHATELIER, « DSP – Le juge de cassation contrôle l'existence d'un risque d'exploitation pour qualifier le contrat », *Le Moniteur.fr*, 6 mai 2022

Defawe PHILIPPE, « Contrat de partenariat (CP) : un nouvel outil d'analyse et évaluation des risques », *Le Moniteur.fr*, 13 juin 2008

AUTRES PUBLICATIONS (RAPPORTS, GUIDES, ETC.)

CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS, Rapports 1 à 5, 2020-2023

François LICHÈRE (Chaire de droit des contrats publics), LJCP, 2020-2023

François LICHÈRE, « Notion de concession », *Encyclopédie du droit de la commande publique*, EFE, 2023 (voir aussi : Frédéric LOMBARD, « Occupation domaniale et statut des biens de la concession »)

* * * * *

AGENCE FRANÇAISE ANTICORRUPTION et DIRECTION DES ACHATS DE L'ÉTAT, *Guide de l'achat public : Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public*, Guide, 2020, 159 p.

AUTORITÉ DE RÉGULATION DES TRANSPORTS, *Economie générale des concessions. Partage des risques*, Focus, 2023, 10 p.

AUTORITÉ DE RÉGULATION DES TRANSPORTS, *Economie générale des concessions*, Rapport, 2^e éd., 2023, 176 p.

Jean BEUVE et Stéphane SAUSSIER, *Quel avenir pour les contrats de concession autotrutiers en France ?*, Chaire EPPP, 2019, 14 p.

Julien DUBERTRET, Jean-Philippe DURANTHON et autres, *Le modèle économique des sociétés concessionnaires d'autoroutes*, ministère de l'économie, des finances et de la relance, Rapport, ministère délégué chargé des comptes publics et ministère délégué chargé des transports, 2021, 114 p.

Damien FALCO, « Le risque dans les contrats administratifs », Article de Blog, *Le journal des accidents et des catastrophes*, Centre européen de recherche sur le Risque (CERDACC), disponible en ligne.

INSTITUT DE LA GESTION DÉLÉGUÉE, *L'allocation des risques dans les projets d'investissements publics : quels modèles économiques et quelles options contractuelles ?*, Rapport, 2022, 36 p.

MISSION NATIONALE D'APPUI À L'INVESTISSEMENT HOSPITALIER, *Le Guide du Bail Emphytéotique Hospitalier, un outil global et innovant au service de l'investissement hospitalier. Annexes*, 1^{ère} éd., ministère des Solidarités, de la Santé et de la Famille, 2005, Annexe 12, p. 133 et s.

OCDE, *Les partenariats public-privé. Partager les risques et optimiser les ressources*, Rapport, 2008, 142 p.

RÉSEAU NATIONAL DES AMÉNAGEURS, *L'aménagement urbain en coproduction public-privé : la SEMOP d'aménagement*, Note de cadrage général, non-datée, 16 p.

SÉNAT, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur le contrôle, la régulation et l'évolution des concessions autoroutières*, Tome 1, 16 septembre 2020, n° 709, 333 p.

SÉNAT, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur le contrôle, la régulation et l'évolution des concessions autoroutières*, Tome 2, 16 septembre 2020, n° 709, 281 p.

VINCI, *Œuvrer pour un monde durable*, Document d'enregistrement universel, 2022, 411 p.

SOUS LA DIRECTION DU PR. FRANÇOIS LICHÈRE,

COLLECTION DES RAPPORTS THÉMATIQUES

DE LA CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS

Dans la même collection :

François LICHÈRE, Fanette AKOKA, Valentin LAMY et Adeline MEYNIER POZZI,
Crise sanitaire et contrats publics (Avril 2021)

François LICHÈRE, Fanette AKOKA, Valentin LAMY et Adeline MEYNIER POZZI,
Liens entre règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics (Octobre 2021)

François LICHÈRE, Valentin LAMY, Oriane SULPICE et Adeline MEYNIER POZZI,
Prévention de la corruption et contrats publics (Mai 2022, mis à jour :
Mai 2023)

François LICHÈRE, Valentin LAMY, Oriane SULPICE et Adeline MEYNIER POZZI,
Environnementalisation des marchés publics (Septembre 2022)

François LICHÈRE, Cédric BERNARD, Romain MICALEF et Adeline MEYNIER
POZZI, *Modification des contrats de la commande publique* (Juillet 2023)

François LICHÈRE, Cédric BERNARD, Romain MICALEF et Adeline MEYNIER
POZZI, *La digitalisation de la commande publique* (Décembre 2023)

L'ensemble des rapports est disponible sur le site internet de la Chaire de droit des contrats publics à l'adresse suivante : <https://chairedcp.univ-lyon3.fr/rapports-thematiques>.

RÉPARTITION ET TRAITEMENT DES RISQUES DANS LA COMMANDE PUBLIQUE

Sous la direction de :

F. Lichère, F. Melleray et L. Richer

Equipe de recherche :

Cédric Bernard, Chercheur
Alice Lassale, Chercheuse post-doc
Rosalie Le Moing, Chercheuse post-doc
Adeline Meynier Pozzi, Chercheuse post-doc
Fikahin Yéo, Chercheur

Les rapports sont réalisés par les chercheurs de la Chaire de droit des contrats publics, grâce au concours des partenaires financiers, des membres du conseil scientifique et du collège d'experts de la Chaire, des personnes ayant répondu à des interviews conduites dans le cadre d'enquêtes qualitatives et de celles ayant répondu à des questionnaires en ligne selon la méthode de l'enquête quantitative.

Le Rapport sur la *Répartition et le traitement des risques dans la commande publique* analyse l'encadrement juridique et les pratiques relatives à l'identification, l'évaluation, la couverture, le transfert, le partage et la gestion des risques dans les marchés publics et les contrats de concession.

Dans le cadre de cette recherche, la Chaire de droit des contrats publics a enquêté auprès de 142 personnes afin de recenser les retours d'expériences d'avocats, d'agents des acheteurs publics ou autorités concédantes spécialisés dans la commande publique, et de juristes d'opérateurs économiques.

Ces enquêtes qualitatives et quantitatives, menées de janvier à mars 2024, permettent de dresser plusieurs constats, notamment :

- L'utilité de la matrice des risques, du sourçage et des compétences de management du risque (*risk management*) pour pallier les difficultés d'identification et d'évaluation des risques ;
- Les difficultés assurantielles des acheteurs et autorités concédantes résultant d'un décalage entre le droit des assurances et le droit de la commande publique ;
- Le souhait d'accroître la négociation, lorsque les procédures le permettent, pour parvenir à une répartition équilibrée des risques entre les parties ;
- Les difficultés liées à l'indemnisation du titulaire auprès de l'autorité contractante à la suite d'une faute d'un intervenant au cours de l'exécution d'un marché global à prix forfaitaire en raison de la jurisprudence *Région Haute-Normandie* du Conseil d'Etat.

De l'ensemble de ces constats, la Chaire de droit des contrats publics propose 3 axes de réflexions pour ses recommandations.

Le premier axe entend améliorer l'appréhension des risques des différents acteurs du droit de la commande publique à travers des formations et le développement de compétence de gestion des risques (*risk management*) et de gestion contractuelle (*contract management*).

Le deuxième axe cherche à développer une démarche coopérative et loyale dans l'identification et l'évaluation des risques pour la commande publique, entre autres par le recours à des procédures de sourçage et la collaboration des services et de spécialistes lors de la préparation d'un projet. De plus, cet axe tient à améliorer la répartition et le traitement des risques en insistant, notamment, sur la notion de bonne foi contractuelle, sur les négociations lors de la passation du contrat pour parvenir à un équilibre dans la répartition des risques (notamment à l'appui d'une matrice des risques) et sur la coopération des parties en cours d'exécution.

Enfin, le dernier axe souhaite assurer une cohésion entre la commande publique et le secteur des assurances et accompagner les autorités contractantes pour leurs marchés d'assurance, en particulier en mettant à jour le *Guide pratique pour la passation des marchés publics d'assurance des collectivités territoriales* de la DAJ, publié en juin 2008, afin de tenir compte des nouvelles procédures négociées instituées par le Code de la commande publique et la directive 2014/24/UE. De plus, cette orientation s'intéresse à la codification des implications de la jurisprudence du Conseil d'Etat, *Grand port maritime de Marseille* dans le Code de la commande publique et le Code des assurances.

Site internet de la Chaire de droit des contrats publics :

<https://chairedcp.univ-lyon3.fr/>

RAPPORT
JUILLET
2024

