



REVUE DE
DOCTRINE

EN DROIT DES CONTRATS PUBLICS

ANNÉE
2023

REVUE DE DOCTRINE

2023

La revue de doctrine de la Chaire de droit des contrats publics comprend des analyses sur des articles de doctrine (à l'exclusion des notes de jurisprudence) choisis et portant sur les thèmes d'étude de la Chaire. Elle a vocation à être progressivement enrichie.

Ce numéro porte sur des articles parus en 2023.

SOMMAIRE :

▶ Actualité juridique – Droit administratif (Dalloz)	3
➔ S. NICINSKI, « Que reste-t-il de la délégation de service public ? », <i>AJDA</i> 2023, n° 4, p. 162	3
➔ S. BRAMERET, « La loi Sapin et les entreprises publiques locales : trente ans, l'âge de raison ? », <i>AJDA</i> 2023, n° 4, p. 186.....	4
➔ H. DEVILLERS, « Le critère du service public dans la qualification du contrat administratif », <i>AJDA</i> 2023, n° 15, p. 763.....	6
➔ C. FARDET, « 40 ans après, faut-il revigorer la jurisprudence <i>UAP</i> ? », <i>AJDA</i> 2023, n° 20, p. 10387	
➔ M. LAMOUREUX et L. DE FONTENELLE, « Les contrats de vente directe d'électricité et de gaz », <i>AJDA</i> 2023, n° 22, p. 1173.....	9
➔ F. BRENET, « Interdiction des libéralités et contrats publics », <i>AJDA</i> 2023, n° 38, p. 2046.....	11
▶ Revue française de droit administratif (Dalloz)	12
➔ J. SALENNE-BELLET, « Les libéralités dans les contrats administratifs », <i>RFDA</i> 2023, n° 3, p. 461	12
➔ M. UBAUD-BERGERON, « L'évolution du pouvoir de modification unilatérale des contrats administratifs », <i>RFDA</i> 2023, n° 3, p. 470.....	13
▶ Revue du droit de l'immobilier (Dalloz)	14
➔ G. FELD, « <i>L'Early Contractor Involvement</i> : un schéma collaboratif accessible, efficace et facilement transposable en droit français », <i>RDI</i> 2023, n° 4, p. 212	14

▶ Contrats et marchés publics (LexisNexis)	16
➔ G. ECKERT, « L'individu et la commande publique », <i>CMP</i> 2023, n° 1, repère 1	16
➔ I. HAOUAS et J.-R. CAZALI, « La clause indemnitare divisible », <i>CMP</i> 2023, n° 2, étude 2.....	17
➔ H. DELZANGLES, « Vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », <i>CMP</i> 2023, n° 3, étude 1	18
➔ P. DELELIS, « Conflits d'intérêts et commande publique », <i>CMP</i> 2023, n° 3, étude 3	19
➔ C. FONTAINE et F. LOUSTAU, « La commande publique à l'épreuve des nouvelles formes de commercialisation de l'énergie », <i>CMP</i> 2023, n° 4, étude 2	20
➔ B. KOEBEL, « L'achat public, explorateur de nouveaux horizons ou bateau ivre ? », <i>CMP</i> 2023, n° 4, act. 4.....	21
➔ P.-A. ZALCBERG, « De l'usage abusif ou anticoncurrentiel de l'accord-cadre : réflexions sur la portée pratique de l'article R. 2162-1 du Code de la commande publique », <i>CMP</i> 2023, n° 6, étude 6.....	22
➔ X. MOURIESSE et T. LE MERCIER, « Marchés de substitution : quelles modalités de mise en œuvre ? », <i>CMP</i> 2023, n° 8-9, étude 8	24
➔ B. THIRION, « Après le pic : quelles réponses à l'inflation dans la commande publique ? », <i>CMP</i> 2023, n° 11, étude 9.....	25
➔ G. CLAMOUR, « Du vert dans les fruits de la commande publique », <i>CMP</i> 2023, n° 12, étude 10.	26
▶ La Semaine juridique – Administration et collectivités territoriales (LexisNexis).....	27
➔ P. VILLENEUVE, « Simplification, intégration, adaptation ou le nouveau paradigme de la commande publique », <i>JCP Adm.</i> 2023, n° 1, act. 2.....	27
➔ P. VILLENEUVE, « Accélération des énergies renouvelables et adaptation de la commande publique, un mariage raisonnable ? », <i>JCP Adm.</i> 2023, n° 16, 2134	27
➔ L. RICHER, « L'extension de la transparence dans la passation : un instrument de prévention de la corruption », <i>JCP Adm.</i> 2023, n° 18, 2158.....	28
➔ L. SOURZAT, « L'aléa et la commande publique : meilleurs ennemis ? », <i>JCP Adm.</i> 2023, n° 36, 535	31

► **Actualité juridique – Droit administratif (Dalloz)**

► S. NICINSKI, « Que reste-t-il de la délégation de service public ? », *AJDA* 2023, n° 4, p. 162

L'auteure analyse le maintien d'éventuelles règles propres aux délégations de service public – en dépit de leur « *bipolarisation autour des deux principaux contrats de la commande publique que sont les marchés et les concessions* » –, voire leur application au-delà des délégations de service public.

L'auteure commence par l'historique de l'encadrement légal français des délégations de service public, de la loi Sapin jusqu'à l'édiction du Code de la commande publique en 2018. Le bilan de l'évolution des règles applicables aux délégations de service public est très contrasté : « [s]i l'on veut être rapide et concis, la meilleure réponse à apporter est qu'il reste à la fois tout et rien de la DSP [délégation de service public] ». D'une part, une stabilité caractérise le régime juridique des délégations de service public (par exemple : publicité, mise en concurrence, et libre négociation, *intuitu personae*, durée du contrat). D'autre part, d'importantes transformations transparaissent au contraire, et résultent du rapprochement réalisé avec les règles applicables aux marchés publics et aux concessions en général. L'auteure articule dès lors son analyse autour de deux idées (opposées de prime abord) : le fait que les délégations de service public soient « *une catégorie juridique en mutation* » mais disposent d'« *un régime juridique en consolidation* ».

Sur la première idée liée à la catégorie juridique, la mutation résulte de deux éléments : la clarification de la notion de délégation par la jurisprudence puis la loi (faute de définition des délégations de service public dans la loi Sapin), et l'intégration des délégations de service public au sein de la plus grande catégorie que constituent les concessions. Les deux éléments sont d'ailleurs liés, puisque le critère essentiel pour identifier une délégation de service public rejoint celui des concessions – à savoir, le critère du risque économique.

L'auteure souligne que « [l]a DPS, qui était un objet unique et autonome dans la loi Sapin, est désormais une sous-catégorie dont les spécificités doivent demeurer marquées, sous peine de ne plus justifier un régime de passation qui laisse encore une large place à l'intuitu personae et à la libre négociation [l'auteure souligne] ». D'où la seconde idée, fondée sur le renforcement progressif du régime juridique des délégations de service public. Ceci résulte de l'approfondissement de la procédure de passation, par contraste avec le maintien des règles d'exécution propres aux délégations de service public. La procédure de passation des délégations de service public s'est en effet enrichie des règles inspirées de la passation des marchés publics. La publicité, la mise en concurrence et la libre négociation, établies dès la loi Sapin, sont donc désormais accompagnées de diverses obligations (exemples : définition des

besoins, détermination des délais) en sus de la modification des exceptions et exclusions du champ d'application des règles des procédures de passation (l'exemption de procédure en cas d'attributaire disposant d'un monopole instauré par la loi semble par exemple remise en cause). Il en est en revanche autrement des règles d'exécution, qui bénéficient d'une plus grande stabilité au point que l'auteure évoque « *une sorte de socle immuable depuis 1993* ». Plusieurs exemples sont donnés, comme les critères d'encadrement de la durée des délégations de service public, les règles relatives aux relations financières entre le délégant et le délégataire, ou l'étendue du contrôle dont dispose l'autorité délégante. L'auteure nuance toutefois ce constat, en soulignant l'évolution de certaines règles d'exécution des délégations de service public, telles que la prolongation désormais régie par les règles de modification des concessions.

L'auteure conclut par une nouvelle interrogation : celle de l'influence du service public sur les règles applicables aux délégations de service public. Il s'avère en effet que les règles s'appliquent généralement à toutes les concessions, même non liées à un service public. L'homogénéisation des règles de la commande publique et en particulier des concessions semble donc dans leur majorité faire fi du service public : « *la nature de l'activité et ses spécificités ne sont plus l'élément central autour duquel le régime juridique est bâti* ».

➡ **S. BRAMERET, « La loi Sapin et les entreprises publiques locales : trente ans, l'âge de raison ? », *AJDA* 2023, n° 4, p. 186**

L'auteur s'interroge dans cet article sur les conséquences de la loi Sapin à l'égard des entreprises publiques locales. L'auteur entreprend de valoriser l'importance de la loi Sapin : bien qu'elle ait *a priori* peu d'incidence sur les entreprises publiques locales, elle comprend des éléments importants amorçant des réformes de plus grande ampleur – à savoir, les relations contractuelles et les conditions de filialisation.

L'auteur fait en premier lieu un constat : il existe de prime abord un lien ténu entre la loi Sapin et les entreprises publiques locales, puisque cette loi n'appréhende qu'une petite partie d'entre elles – à savoir, les sociétés d'économie mixte locales (SEML), les autres formes d'entreprises publiques locales n'existant pas encore à l'époque. La loi Sapin fut toutefois adoptée à une époque charnière, l'auteur évoquant « *une sorte de mi-temps dans les réformes structurelles de l'encadrement de ces structures, dix ans après la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux SEML et neuf ans avant la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser leur statut* ».

L'auteur considère ainsi que la loi Sapin a constitué un apport important pour les entreprises publiques locales. Compte tenu de l'objet de la loi Sapin, celle-ci a renforcé la transparence de la gestion des sociétés d'économie mixte locales (grâce aux précisions apportées concernant les obligations d'information des actionnaires) ainsi que le contrôle externe (contrôle du préfet dans l'éventualité de prérogatives de puissance publique exercées par une société d'économie mixte locale). L'attention de l'auteur porte toutefois sur deux autres éléments : l'apport de la loi Sapin à l'égard de la « *banalisation des relations des collectivités territoriales avec leurs SEML* » et de l'encadrement du processus de filialisation des entreprises publiques locales.

Sur le premier point – la banalisation des relations –, l'auteur rappelle le contexte juridique relatif à l'applicabilité du droit de la commande publique aux contrats conclus par les sociétés d'économie mixte locales : il n'existait pas de règle claire quant à l'attribution sans mise en concurrence d'un tel contrat à une société d'économie mixte locale par l'une des collectivités actionnaires de la société. La décision du Conseil constitutionnel sur la loi Sapin a permis de soumettre les délégations de service public, y compris celles conclues entre les collectivités territoriales et leurs SELM, au régime commun de mise en concurrence et de transparence de la passation des contrats de la commande publique. Le Conseil constitutionnel a en effet censuré l'exception retenue dans la loi Sapin qui visait à soustraire ces délégations de l'applicabilité des règles de mise en concurrence¹. L'auteur en déduit qu'en statuant ainsi sur la loi Sapin, « *le Conseil constitutionnel n'a pas seulement aligné le régime des délégations de service public des SEML sur le régime commun, mais a également ouvert la voie à une banalisation généralisée de leurs relations contractuelles* ». Les contrats traditionnellement réservés aux SEML furent en effet progressivement soumis au régime commun de la commande publique (sauf sociétés publiques locales créées par des collectivités territoriales détenant l'intégralité du capital), sous une double législative et jurisprudentielle. Cette interprétation du Conseil constitutionnel, similaire à certains raisonnements tenus lors des travaux préparatoires de la loi Sapin, a d'ailleurs anticipé la jurisprudence de la Cour de justice, qui a refusé la qualification de relation contractuelle *in house* et a ainsi soumis les contrats conclus entre les sociétés d'économie mixte locales et certaines de ses collectivités actionnaires aux règles communes de passation des contrats de la commande publique².

Sur le second point – l'encadrement du processus de filialisation des entreprises publiques locales, la loi Sapin entreprit de combler le silence de la loi du 7 juillet 1983. Elle a ainsi soumis la prise de

¹ Cons. const., 20 janvier 1993, n° 92-316 DC, *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, consid. 47.

² CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH contre Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03.

participation d'une SEML dans le capital d'une société commerciale à l'autorisation expresse des collectivités territoriales actionnaires de la SEML. L'auteur estime que ce dispositif « *permet aux collectivités territoriales et groupements actionnaires de garder un contrôle sur le déroulement d'opérations potentiellement risquées pour leurs finances et de s'assurer que l'objet social de la filiale n'excède pas le champ des compétences de la société mère et, in fine, celui des collectivités actionnaires* [l'auteur souligne] ». La loi Sapin s'avéra toutefois insuffisante pour encadrer la filialisation, au regard des nombreux risques résiduels. Plusieurs institutions françaises ont ainsi souligné les risques pour la « *dilution des pouvoirs de contrôle des collectivités actionnaires* », ceux relatifs au dépassement des domaines de compétence des collectivités et aux dangers financiers, ceux portant sur les rémunérations très importantes que pourraient percevoir certains élus dans ces filiales, ou encore ceux portant sur les sociétés exclues du champ d'application de l'autorisation expresse (comme les entités à but non lucratif). D'où le comblement de ces lacunes par la loi récente 3DS³, qui renforce notamment les obligations de contrôle de la filialisation ou les conséquences de l'absence d'autorisation expresse.

➡ **H. DEVILLERS, « Le critère du service public dans la qualification du contrat administratif », *AJDA* 2023, n° 15, p. 763**

L'auteur démontre que les nombreuses difficultés soulevées par le critère du service public dans la qualification du contrat administratif suscitent une regrettable insécurité juridique avant d'appeler de ses vœux une intervention législative.

Les juridictions font, en effet, preuve d'imprécision en mobilisant des expressions génériques renvoyant à plusieurs sous-critères (par exemple : « *contribution à un service public* »). Il en ressort que si certains d'entre eux ne posent guère de difficulté (sous-critère de l'exécution même d'un service public), d'autres sont d'un maniement plus délicat (sous-critère des modalités de l'exécution du service public). Dans le même temps, la jurisprudence se montre hésitante lorsqu'elle se réfère à des sous-critères différents pour qualifier des contrats identiques, spécialement ceux par lesquels le propriétaire attribue à l'administration l'usage de son bien (location, bail, crédit-bail, etc.). Cette « *volatilité des sous-critères* » génère une « *jurisprudence versatile* » en vertu de laquelle des contrats identiques sont susceptibles de recevoir des qualifications différentes (par exemple : le contrat liant un cuisinier à une maison de retraite est administratif, à l'inverse de celui liant un cuisinier à un hôpital). On peut certes expliquer cette divergence des solutions à l'aune du caractère plus ou moins

³ Loi du 21 février 2022 relative à la différenciation, la décentralisation et la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale.

distendu du lien entre l'activité de service public et l'objet du contrat. Cependant, cette relecture s'avère impuissante à anticiper les solutions à venir, eu égard à sa remise en cause progressive. Or, les difficultés posées par la répartition des compétences juridictionnelles entravent la vie administrative et économique, tout en violant le droit au recours des justiciables. Ce faisant, l'auteur plaide pour une intervention législative et le recours à une méthode radicale déjà employée par le passé (par exemples : loi MURCEF et jurisprudence *Berkani*) : celle consistant à élaborer d'autorité de solides blocs de compétence destinée à régler le sort de contrats spécifiques (par exemple : les contrats immobiliers qui échappent au code de la commande publique ou ceux procurant des aides sans pour autant constituer des subventions).

➡ **C. FARDET, « 40 ans après, faut-il revigorer la jurisprudence UAP ? », *AJDA* 2023, n° 20, p. 1038**

Dans cet article, l'auteur dresse un bilan de la jurisprudence *UAP* établissant la présomption d'administrativité des contrats entre personnes publiques⁴. La thèse de l'auteur relativise l'apport actuel de cet arrêt, mais appelle à sa redynamisation en raison de la logique sur laquelle elle repose.

L'auteur rappelle tout d'abord le contexte de la jurisprudence *UAP*, fondé sur les probabilités d'augmentation des contrats conclus entre personnes publiques (en raison des lois de décentralisation) et sur l'intérêt de renforcer l'office du juge administratif au regard de la protection de l'intérêt général. Il établit ensuite un constat : cette jurisprudence est rarement appliquée et, « [d]'un point de vue qualitatif », le considérant de principe semble même souvent occulté ou modifié. L'auteur s'interroge dès lors sur les causes de cette situation, et en identifie deux : « *la conception incertaine de la présomption* », et « *l'utilité neutralisée de la présomption* ».

La première cause peut surprendre, eu égard à la formulation et aux critères de l'arrêt *UAP*. Ce dernier semble en effet soumettre la présomption d'administrativité des contrats conclus entre personne publique à deux critères clairs. Le premier est « *un critère organique positif : la personnalité exclusivement publique des parties* ». Le second est « *un critère matériel négatif : seul l'objet contractuel, en tant qu'il ne permettrait au contrat de ne faire naître entre les parties que des rapports de droit privé, exclut la présomption* ». L'auteur souligne pourtant qu'aussi bien la portée que le contenu de la présomption sont incertains. D'une part, contrairement à ce que souligne la doctrine, le renversement de la présomption d'administrativité du contrat (en raison de l'objet contractuel) ne semble pas conduire à la qualification automatique de contrat de droit privé. L'auteur estime que la jurisprudence

⁴ T. confl., 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris (UAP)*, n° 02256.

postérieure peut être interprétée comme suit : en présence d'un contrat conclu entre deux personnes publiques mais auquel la présomption ne s'applique pas, il est possible de retenir la qualification de contrat administratif si les critères jurisprudentiels sont remplis. La portée de la présomption susceptible d'être décelée dans la jurisprudence postérieure n'est donc pas celle identifiée par la doctrine. Le contenu de la présomption est également empreint d'incertitude. L'incertitude porte sur l'interprétation d'une partie du considérant de principe de l'arrêt *UAP* : « *sauf dans les cas où, eu égard à son objet, il ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé* ». L'arrêt n'identifie pas les objets contractuels concordant avec ce cas de figure, même s'il est possible d'émettre des hypothèses et typologies comme le fait l'auteur (qui propose une typologie de trois objets contractuels : ceux « *imposant le caractère administratif du contrat* », à l'inverse ceux « *interdisant le caractère administratif du contrat* », et enfin ceux, intermédiaires, « *permettant le caractère administratif du contrat* »).

La seconde cause résulte de la jurisprudence postérieure qui s'éloigne de l'esprit ou de la formulation retenue dans l'arrêt *UAP*. Selon cet arrêt, la présomption est renversée lorsque l'objet du contrat « *ne fait naître entre les parties **que** des rapports de droit privé [l'auteur souligne]* ». Il s'ensuit que seuls les objets contractuels « *interdisant le caractère administratif du contrat* » (selon la typologie de l'auteur) font échec à la présomption d'administrativité. L'auteur fait état de trois formes d'inapplication ou de déformation du considérant de principe de l'arrêt *UAP* par la jurisprudence postérieure. En premier lieu, la formulation de ce considérant a pu être retenue mais appliquée à des contrats hors de son champ d'application, c'est-à-dire à des contrats qui n'ont pas été conclus entre des personnes publiques exclusivement⁵. En deuxième lieu, la formulation retenue a pu être modifiée par rapport à celle de l'arrêt *UAP*. En ce sens, la Cour de cassation a affirmé que la présomption d'administrativité était renversée en présence d'un objet contractuel « *faisant naître des rapports de droit privé* »⁶. En estimant qu'il n'était pas nécessaire que l'objet du contrat ne fasse naître **que** des rapports de droit privé (le simple fait qu'il y ait des rapports de droit privé suffisant), la Cour de cassation a donc exclu la présomption dans un nombre de cas bien plus grands. En troisième lieu, un contraste moins saisissant mais dans le même ordre d'idée peut apparaître entre l'arrêt *UAP* et la jurisprudence postérieure. L'auteur souligne qu'il existe des cas dans lesquels le juge a appliqué le renversement de la présomption au-delà de ce que prévoyait l'arrêt *UAP*, tout en reproduisant pourtant le même considérant de principe. La jurisprudence administrative s'est en ce sens révélée similaire à la jurisprudence judiciaire : le juge administratif a refusé d'appliquer la

⁵ CE, 15 septembre 2004, *Ministre de l'aménagement du territoire et de l'environnement c/ Syndicat intercommunal de distribution d'eau du Nord*, n° 230901.

⁶ Exemple : Civ. 1^{ère}, 16 mars 1999, *Chambre de commerce et d'industrie de Valence c/ Crédit local de France*, n° 97-13.359.

présomption d'administrativité alors même qu'il apparaissait que les contrats ne faisaient pas naître que des rapports de droit privé. Le juge administratif a donc estimé que l'existence de rapports de droit privé, même s'ils n'étaient pas exclusifs et que l'objet du contrat pouvait également faire naître des rapports de droit public, faisait échec à la présomption⁷.

L'auteur souhaite pourtant que la jurisprudence *UAP* soit « *revigorée* » en raison des liens entre les contrats qu'elle vise (ceux conclus entre personnes publiques) et les missions d'intérêt général. Il en déduit que « *rien n'est plus cohérent que de soumettre, en principe, les conventions conclues entre personnes publiques au droit administratif* ». L'auteur s'appuie pour ce faire sur « *l'environnement d'administrativité des contrats conclus entre personnes publiques* ». Cet environnement repose sur l'importance du critère organique, « *critère présument la mission d'intérêt général* », et qui a fait l'objet ces dernières années d'une revalorisation tant législative que jurisprudentielle. L'auteur reconnaît toutefois que revigorer la présomption d'administrativité établie par la jurisprudence *UAP* implique une simplification, tant de la présomption elle-même que des hypothèses dans lesquelles celle-ci est renversée. Il s'agirait ainsi de dédoubler la présomption, c'est-à-dire de maintenir la présomption simple d'administrativité des contrats conclus entre personnes publiques, et de créer une présomption – irréfragable cette fois – de contrats de droit privé pour les contrats conclus entre personnes publiques mais non liés à un service public. Ceci permettrait une cohérence avec les évolutions législatives et jurisprudentielles, tout en évitant que de tels contrats puissent être qualifiés jurisprudentiellement de contrats administratifs en raison de la présence de clauses exorbitantes.

➔ **M. LAMOUREUX et L. DE FONTENELLE, « Les contrats de vente directe d'électricité et de gaz », *AJDA* 2023, n° 22, p. 1173**

L'article démontre qu'en fixant le régime juridique des contrats de vente directe d'électricité et de gaz, le législateur a apporté des clarifications propres à faciliter son articulation avec le droit de la commande publique, sans toutefois résoudre l'ensemble des difficultés qui peuvent se présenter.

À titre liminaire, les auteurs soulignent que le contrat de vente directe d'électricité (*Power Purchase Agreement* : « PPA ») pourrait bien devenir un « *modèle* » de production-consommation eu égard aux avantages qu'il procure tant aux producteurs (financement des installations, revenus stables) qu'aux consommateurs (approvisionnement à des conditions financières raisonnables et pérennes). Dans le même temps, ces contrats, qui incarnent une « *rupture avec le système existant, libéralisé et concurrentiel* », pourraient avoir une incidence sur l'organisation du marché de l'énergie ainsi que sur les finances

⁷ Exemple : CE, 3 novembre 2003, *Union des groupements d'achats publics*, n° 238008.

de l'État. La loi du 10 mars 2023 dite « EnR » offre enfin un cadre juridique à ces montages contractuels jusqu'alors peu développés en France. En premier lieu, le texte en précise le champ matériel en disposant que ce montage s'applique à la fourniture d'électricité (C. énerg., L. 333-1) et, de manière plus surprenante, de « *biogaz, de gaz renouvelable ou gaz bas-carbone* ». Sur le plan personnel, la conclusion des PPA s'adresse aussi bien aux entités adjudicatrices qu'aux pouvoirs adjudicateurs mais doit s'opérer dans « *les conditions par le Code de la commande publique* » (C. énerg. L. 331-5 et L. 441-6). La loi EnR apporte des clarifications sur cette articulation. D'abord, en consacrant l'autonomie des contrats de vente directe d'électricité, le législateur évite une mise en concurrence avec les offres de fourniture d'électricité classiques. Ensuite, le texte apporte une « *clarification utile* » en permettant de fixer une durée compatible avec le délai d'amortissement des actifs de production. Il reste toutefois des points à éclaircir en ce qui concerne, notamment, la possibilité pour l'acheteur d'exiger, lors de l'attribution, le développement de nouvelles unités de production sur son périmètre géographique. Certes, les dispositions du CCP (art. L. 3-1) et du Code de l'énergie (art. L. 228-5) peuvent constituer une ouverture. Cependant, les auteurs invitent à la « *prudence* » dès lors qu'une spécification technique fondée sur le mode de fabrication est en principe interdite, sauf si elle est liée à l'objet du contrat (CCP, art. R. 2111-7) qui, en l'occurrence, réside dans la fourniture d'électricité et non dans le développement de nouveaux actifs de production. L'acheteur devrait toutefois pouvoir favoriser les offres fondées sur l'implantation locale de la production en se fondant, par exemple, sur la sécurité d'approvisionnement, les services rendus par les unités aux réseaux d'énergie et le développement durable. La loi EnR précise, en second lieu, l'encadrement et la surveillance des PPA : le fournisseur doit être titulaire d'une autorisation administrative ou, à défaut, de désigner un tiers qui en dispose (C. énerg., art. L. 333-1) et la CRE est chargée d'une mission de surveillance (C. énerg., art. L. 131-1) qu'elle exerce au moyen de la transmission obligatoire par le titulaire de certaines informations relatives au contrat de vente directe. Pour conclure, les auteurs suggèrent d'autres mesures pour encourager le développement de ces contrats, par exemple la création d'un fonds de garantie qui permettrait d'étendre le champ des consommateurs ayant la possibilité de conclure de tels accords.

➔ F. BRENET, « Interdiction des libéralités et contrats publics », *AJDA* 2023, n° 38, p. 2046

L'auteur entend démontrer que si le principe d'interdiction de consentir des libéralités est devenu un « *principe cardinal* » du droit des contrats publics, il n'en reçoit pas moins une application « différenciée » qui révèle en creux un contrôle plus pointilleux du juge et un encadrement plus strict de la liberté contractuelle.

L'interdiction de consentir des libéralités a longtemps occupé une « *place paradoxale* » en matière contractuelle. Un temps éclipsé par la règle interdisant aux personnes publiques de payer des sommes qu'elles ne doivent pas (CE, 19 mars 1971, n° 79962, *Sieur Mergui, Lebon* 234), il s'est « déployé » concomitamment au développement de la transaction pour devenir un « *principe cardinal* » du droit des contrats publics (règle d'ordre public : (CE 3 mars 2017, n° 392446, *Sté Leasecom, Lebon*). L'interdiction de consentir des libéralités encadre ainsi « *toutes les étapes de la vie du contrat* » : la passation (rares applications) et l'exécution, par exemple lorsqu'il s'agit de déterminer l'indemnisation du cocontractant en cas de résiliation unilatérale (en ce s. CE, 4 mai 2011, n° 334280, *CCI de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan, Lebon*) ou de non-renouvellement du contrat (CE 22 juin 2012, n° 348676, *CCIM et Aéroport de Montpellier-Méditerranée*). Cette exigence s'impose, en outre, en cas de litige / contentieux puisqu'elle s'applique aussi bien aux transactions (CE, ass., avis, 6 déc. 2002, n° 249153, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de L'Hajj-les-Rose*) qu'aux accords transactionnels faisant suite à une médiation (CAA Bordeaux, 30 déc. 2019, n° 19BX03235, *Bordeaux Métropole*). Néanmoins, l'application de ce principe s'insère dans un cadre jurisprudentiel dont les exigences varient en fonction des contrats concernés. En ce sens, la personne publique dispose d'une marge de manœuvre réduite lorsqu'il s'agit de fixer l'indemnisation du concessionnaire dans l'hypothèse d'un retour anticipé dans son patrimoine des biens de la concession non amortis (CE, ass. 21 déc. 2012, n° 342788, *Commune de Douai, Lebon* 477), tandis qu'elle détermine librement l'indemnisation du co-contractant dont le contrat a été remis en cause sous réserve qu'elle ne soit pas manifestement disproportionnée (CE, 4 mai 2011, *CCI de Nîmes*) ou trop généreuse (CE 16 déc. 2022, n° 455186, *SNC Grasse vacances, Lebon*). Enfin, l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités est appliquée avec une certaine souplesse dans le cadre des transactions afin de ne pas décourager les personnes privées. En la matière, l'auteur se félicite que le juge exerce un contrôle « *très pragmatique* » de la disproportion manifeste (CE 9 déc. 2016, n° 391840, *Société Foncière Europe, T. 697*). Pour conclure, l'auteur se demande, compte tenu du caractère « *pointilleux* » du contrôle exercé par le juge administratif si les

personnes publiques ne disposaient pas d'une liberté contractuelle plus étendue sous l'empire de la règle leur interdisant de payer des sommes qu'elles ne doivent pas.

► Revue française de droit administratif (Dalloz)

➡ J. SALENNE-BELLET, « Les libéralités dans les contrats administratifs », *RFDA* 2023, n° 3, p. 461

L'auteure s'interroge sur la portée du principe d'interdiction pour les personnes publiques de consentir des libéralités, eu égard notamment aux débats récents liés au bon usage des deniers publics ainsi qu'à l'évolution jurisprudentielle révélant la recherche d'un équilibre entre différents principes (liberté contractuelle, loyauté des relations contractuelles, et interdiction des libéralités). L'auteure soutient que le principe d'interdiction des libéralités a vocation à être appliqué à tous les contrats administratifs en raison de son lien avec l'intérêt général, malgré un champ d'application qui semble encore limité et l'encadrement actuel des pouvoirs du juge pour en assurer le respect.

L'auteure rappelle tout d'abord que l'interdiction des libéralités fait partie des limites spécifiques de la liberté contractuelle des personnes publiques. Bien que ce principe ne soit pas récent (car il fut consacré par la jurisprudence en 1971⁸), des incertitudes demeurent et de nouvelles interrogations émergent en raison d'évolutions récentes : « *la pratique montre que le sujet [...] peut même faire l'objet de réticences, à une époque où le principe de loyauté des relations contractuelles est érigé en principe du contentieux contractuel et où la médiation, et donc le dialogue, se développe entre les parties* ».

L'auteure dresse ensuite un bilan de l'application du principe d'interdiction des libéralités aux contrats administratifs. Il est possible de distinguer trois étapes d'évolution après la consécration de ce principe en 1971 : d'abord, son application implicite aux contrats administratifs (implicite car résultant du fichage de la décision au recueil Lebon qui mentionne cette interdiction), ensuite son application explicite à des cas particuliers tels que les transactions et les accords de médiation⁹, et enfin son application à une catégorie spécifique des contrats administratifs que sont les contrats de la commande publique¹⁰. L'auteure estime toutefois qu'il existe encore des incertitudes sur le fondement juridique du principe d'interdiction des libéralités et sur son champ d'application.

⁸ CE, 19 mars 1971, *Sieur Mergui*, n° 79962.

⁹ Respectivement CE, 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de L'Hajj-les-Roses*, n° 249153 ; CAA Bordeaux, 30 décembre 2019, *Bordeaux métropole*, n° 19BX03235.

¹⁰ CAA Versailles, 7 mars 2006, *Commune de Draveil c. Société Via Net Works France*, n° 04VE04381 ; CE, 4 mai 2011, *Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan*, n° 334280.

L'identification des contrats administratifs auxquels cette interdiction s'applique est peu aisée, faute de principe général d'interdiction des libéralités applicables à tous les contrats administratifs. Elle souligne par exemple que certains contrats, pourtant conclus entre personnes privées, peuvent être soumis au principe d'interdiction des libéralités, lorsqu'ils mettent *in fine* en cause une personne publique (contrat d'occupation du domaine public conclu par une personne privée concessionnaire, contrat conclu par une personne privée mandataire d'une personne publique, contrat conclu par une personne privée transparente). L'auteure constate en revanche, s'agissant des marchés publics, qu'il s'agit d'« *une catégorie de contrats administratifs pour lesquels l'interdiction des libéralités est appliquée de manière nuancée* » en raison du principe d'intangibilité du prix.

L'auteure analyse dans un troisième temps les moyens mis en œuvre pour assurer le principe d'interdiction des libéralités. Ces moyens s'avèrent contrastés, en raison de la recherche d'un équilibre entre plusieurs principes ou mécanismes potentiellement antagonistes. Il en est ainsi tout d'abord de l'équilibre entre la liberté contractuelle et le contrôle du juge : les critères du contrôle du juge au regard de l'interdiction des libéralités diffèrent selon le régime juridique du contrat concerné et sont en tout état de cause limités par l'office du juge (exemples : absence de pouvoir d'instruction lorsque l'interdiction des libéralités n'est pas soulevée par les parties, et contrôle uniquement de la qualification juridique des faits par le juge de cassation). Il en est de même pour l'équilibre entre la loyauté des relations contractuelles et l'interdiction des libéralités : la présence de libéralités n'entraîne pas systématiquement la nullité en raison de la loyauté des relations contractuelles.

L'auteure conclut à l'importance du principe d'interdiction des libéralités, d'où sa vocation à être appliqué à l'ensemble des contrats administratifs « *et plus particulièrement aux contrats de la commande publique, qui engagent les deniers publics* ».

➡ **M. UBAUD-BERGERON, « L'évolution du pouvoir de modification unilatérale des contrats administratifs », *RFDA* 2023, n° 3, p. 470**

L'auteure soutient ici que l'extension du pouvoir de modification unilatérale des contrats administratifs appelle une évolution des voies de recours propre à mieux garantir les droits du cocontractant.

En premier lieu, la jurisprudence a progressivement étendu ce pouvoir de modification unilatérale. Elle l'a fait, d'abord, en admettant la modification unilatérale des clauses financières lorsque cela est prévu par le contrat (CE, 27 janv. 2020, n° 422104, *Toulouse Métropole*) et lorsque l'obligation

financière pèse sur le cocontractant (par exemple pour les conventions d'occupation du domaine public). En revanche, le pouvoir de modification unilatérale des stipulations par lesquelles l'administration se constitue débitrice est circonscrit à deux hypothèses : la modification du prix est la conséquence d'une modification des modalités d'exécution du service public et *a priori* lorsqu'elle est due à des circonstances imprévisibles défavorables au cocontractant (CE, 15 sept. 2022, avis n° 405540). Ensuite, le pouvoir de modification unilatérale est désormais admis lorsque le contrat contient une clause illégale, à la condition cependant qu'elle soit divisible (CE, 8 mars 2023, n° 464619, *SIPPEREC, Lebon*). Cette consécration, « *logique* » au regard de la force obligatoire des contrats légalement formés et du rôle de « *gardienne de la légalité* » qui incombe à l'administration, n'en est pas moins « *discutable* ». Elle confère une « *portée exagérée* » au privilège du préalable et conduit à une forme de « *dénaturation* » du pouvoir de modification unilatérale. L'auteure plaide, en second lieu, pour que cette évolution du pouvoir de modification unilatérale s'accompagne d'une extension des voies de recours, propre à mieux garantir les droits du cocontractant. Deux solutions alternatives sont ici envisagées. La première consisterait à étendre le recours en reprise des relations contractuelles (CE, 21 mars 2011, n° 304806, *Commune de Béziers dit « Béziers II », Lebon*) aux mesures de modifications unilatérales. Cette action en restauration du contrat, propre à restaurer la « *confiance* », devrait néanmoins être limitée aux mesures irrégulières ayant un effet significatif sur les droits et obligations du cocontractant afin d'éviter une immixtion trop importante du juge dans les rapports contractuels ainsi qu'un engorgement du prétoire. Consciente que cette solution pourrait soulever de nombreuses objections, l'auteure propose une alternative : la création d'un recours spécifique aux cas de régularisation du contrat pour illégalité, lorsque l'administration en a fait un usage irrégulier. Pour terminer, l'auteure s'interroge plus largement l'opportunité d'aménager une action en exécution du contrat.

► Revue du droit de l'immobilier (Daloz)

➡ G. FELD, « *L'Early Contractor Involvement : un schéma collaboratif accessible, efficace et facilement transposable en droit français* », *RDI* 2023, n° 4, p. 212

L'auteur entreprend de démontrer l'utilité de l'importation en France d'un modèle (initialement anglais) de schéma collaboratif pour les « grands projets » dans le domaine de la construction : l'*Early Contractor Involvement* (ECI).

L'auteur constate qu'en raison de « *leur complexité, leurs enjeux élevés et leur longue durée* », les « grands projets » dans le domaine de la construction ne se caractérisent pas par un succès mais, au contraire,

par de nombreuses erreurs, retards importants et surcoûts, comme l'atteste le contentieux abondant en la matière. Ces difficultés ont conduit au développement de « l'approche collaborative » (*partnering* en anglais) – fondée notamment sur « [l]e partage équitable des risques entre cocontractants », d'abord aux États-Unis dans les années 1980 puis au Royaume-Uni dans les années 1990. Il s'agit, plus précisément, de la conception et de la mise en œuvre de « *modes de passation inédits et d'] approches contractuelles innovantes* ». L'objectif poursuivi est une amélioration de ces projets à la fois pour le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre : il s'agit à la fois d'améliorer la qualité des ouvrages et de réduire les risques (l'allocation des risques en général, le risque financier encouru par le maître d'œuvre qui peut être limité par l'adaptation de son niveau de marge, ainsi que les problèmes de constructibilité qui peuvent ainsi être anticipés). C'est dans ce cadre que l'ECI, qui constitue une forme de schéma collaboratif, a été développé. Il se caractérise par une collaboration et un dialogue renforcés dès l'élaboration du projet : « [à] *mi-chemin entre la virtualité de la charte non contraignante et le formalisme rigide de l' "alliancing", l'approche ECI consiste pour le maître d'ouvrage au terme d'une sélection basée sur des critères essentiellement qualitatifs, à impliquer l'entrepreneur sélectionné et, le cas échéant, ses sous-traitants et fournisseurs clés, au moyen d'un contrat phasé, dans la définition et la conception préliminaire du projet qui, de ce fait, bénéficie en amont de contributions précieuses qui permettent d'affiner le calendrier de l'opération, le prix de l'ouvrage et la qualité du produit fini* [l'auteur souligne] ». Cette collaboration et ce dialogue permettent même, au-delà de la qualité des ouvrages et de la réduction – ou de la meilleure anticipation – des risques, de faciliter l'innovation.

Ainsi, l'ECI se caractérise nécessairement par deux phases après l'attribution (première phase de conception préliminaire de l'ouvrage et seconde étape dédiée à la conception détaillée ainsi qu'à la construction de l'ouvrage), qui sont susceptibles d'être séparées par une nouvelle mise en concurrence dans l'hypothèse où le maître d'ouvrage ne validerait pas les livrables issus de la première phase. Sa forme est toutefois variée, en ce que l'ECI peut résulter d'un contrat unique recouvrant les deux étapes, de deux contrats (un pour chaque phase), ou encore de deux contrats adjoints d'un protocole d'accord (dans le cadre d'un marché de travaux attribué de gré à gré). Dans tous les cas de figure, l'ECI implique la présence de certains éléments propres aux schémas collaboratifs, à l'image des mécanismes alternatifs de règlement des différends, de la transparence comptable, ou des organes de concertation.

L'auteur dresse un bilan positif de l'ECI à l'étranger, qu'il s'agisse de marchés privés ou publics. Le succès rencontré par ce schéma collaboratif justifie selon l'auteur son importation en France, d'autant que les obstacles normatifs à cette importation semblent avoir été supprimés par la transposition de la directive 2014/24/UE. Il souligne à ce titre les possibilités de recours à la procédure négociée ainsi qu'au dialogue compétitif, qui permettent des négociations et des

échanges sur les documents de la consultation. Des obstacles d'ordre culturel semblent toutefois demeurer, ce qui implique « *un changement des habitudes contractuelles des acheteurs, tant au stade de la mise en concurrence qu'au stade de l'exécution du marché* ». L'auteur affirme qu'il faudrait en premier lieu modifier les modèles types de contrats (CCAG), voire créer des « *contrat[s] sur mesure dont les conditions générales pourront être recyclées pour servir de base contractuelle dans d'autres projets* ». Le comportement des deux parties devrait également être modifié pour tendre de manière générale vers la collaboration renforcée des parties, avec le « *devoir d'alerte* », le suivi ou la proactivité. Ceci contraste avec la pratique actuelle en France : « *on est surpris de constater que dans la pratique nombre d'acteurs des grands projets sous-estiment l'importance du rôle de la gestion contractuelle dans la gestion des risques et la gestion de projet* ». Les crises récentes (« *sanitaires, économique et géopolitiques à répétition qui ont marqué les 36 derniers mois* ») renforcent l'utilité de l'ECI, qui constituerait une meilleure solution que les « *piètres palliatifs* » mobilisés en France.

► Contrats et marchés publics (LexisNexis)

► G. ECKERT, « L'individu et la commande publique », *CMP* 2023, n° 1, repère 1

L'article entend interroger la « *portée incertaine* » d'un phénomène nouveau : celui de la prise en compte croissante de l'individu dans le droit de la commande publique.

Certes, l'individu n'a jamais été ignoré dès lors que les besoins auxquels les contrats de la commande publique répondent sont, au final, ceux des administrés dont le cocontractant public a la charge. De même que le mouvement de « *fondamentalisation du droit de la commande publique* » n'est pas entièrement nouveau (N. Marty, « Contrats publics et droit européen des droits de l'homme », *Mél. Guibal*, t. 1 : P. U. de Montpellier 1, 2006, p. 321). Mais, dans un cas comme dans l'autre, ces évolutions se sont d'abord inscrites dans le rapport économique entre les parties au contrat. Désormais, la commande publique tend à dépasser le cadre du contrat et les préoccupations économiques pour se mettre au service « *d'objectifs sociétaux communs* » (Dir. 2014/24/UE, cons. 2). Cette évolution a conduit à « *adopter le prisme novateur des individus* » (I. Hasquenoph, « Commande publique et protection des données personnelles », *AJDA* 2021, p. 2339), en particulier lorsque la commande publique se réforme pour participer de la protection des droits de l'homme au travail ou du droit à vivre dans un environnement sain. En ce sens, les nouveaux CCAG comme le Code de la commande publique font une large place au développement durable en imposant, par exemple, que les conditions d'exécution des contrats de la commande publique « *prennent en compte des considérations relatives à l'environnement* » (CCP, art. L. 2112-2 et L. 3114-2) et, pour ceux excédant

les seuils européens et sauf exception, « *des considérations relatives au domaine social et à l'emploi, notamment en faveur des personnes défavorisées* » (CCP, art. L. 2112-2-1 et L. 3114-2-1). L'auteur nuance son propos en soulignant que, pour être « effective », cette transformation doit être accompagnée d'une évolution des voies de recours permettant aux titulaires de droits nouveaux d'en assurer utilement la défense. Or, actuellement, l'action des tiers aux contrats se heurte à plusieurs limites. En matière de passation, les associations de protection de l'environnement ne peuvent pas former de référé précontractuel ou contractuel, faute de disposer d'un intérêt à conclure le contrat (CJA, art. L. 551-10 et L. 551-14). Néanmoins, la question est plus ouverte en ce qui concerne le recours en contestation de la validité du contrat (CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, *Dpt Tarn-et-Garonne*). On peut imaginer qu'une association soit recevable si elle établit que l'attribution d'un contrat de la commande publique en méconnaissance des exigences sociales ou environnementales lèse de manière suffisamment directe et certaine les intérêts qu'elle défend. En matière d'exécution des contrats de la commande publique, l'action contentieuse des individus ou de leurs groupements, revendiquant le respect de leurs stipulations environnementales ou sociales, risque de se heurter au principe de l'effet relatif des contrats (en ce s. CE, sect. 11 juill. 2021, n° 339409, *Gilles*). Deux pistes peuvent néanmoins être envisagées pour contourner cet obstacle : qualifier les conditions d'exécution sociales ou environnementales de stipulations pour autrui ou voir dans de telles conditions d'exécution des clauses réglementaires en les liant à l'organisation ou au fonctionnement du service public.

➔ I. HAOUAS et J.-R. CAZALI, « La clause indemnitaire divisible », *CMP* 2023, n° 2, étude 2

Les auteurs se félicitent que le législateur consacre le caractère divisible de la clause indemnitaire comprise dans les contrats publics à financements externes, sécurisant ainsi les rapports entre le titulaire et les établissements bancaires.

Les établissements bancaires qui mettent à disposition des titulaires de contrats publics les financements externes nécessaires à la réalisation des investissements dans les marchés de partenariat et les concessions peuvent en effet se montrer particulièrement frileux en cas de recours exercé par un tiers. En effet, les droits indemnitaires du titulaire d'un contrat public à la suite d'une annulation juridictionnelle étaient auparavant régis par les principes jurisprudentiels : les dépenses utiles étaient remboursées sur le fondement de la théorie de l'enrichissement sans cause et le préjudice imputable à une faute de l'administration était indemnisé sur le fondement quasi délictuel.

La jurisprudence comportait ainsi plusieurs « zones d'ombre » (frais de financement dans le calcul des dépenses utiles, partage des responsabilités etc.). Pour remédier à cette situation, la loi est venue sécuriser le droit à indemnisation du titulaire (CCP, art. L. 2235-1 à L. 2235-3 pour les marchés de partenariat et CCP, art. L. 3136-7 à L. 3136-9 pour les contrats de concession). D'abord, le texte consacre, indépendamment de toute clause indemnitaires, un droit à indemnisation des dépenses utiles exposées par le titulaire, parmi lesquelles sont comptabilisés les frais financiers. Ensuite, les clauses du contrat fixant les modalités d'indemnisation du titulaire en cas d'annulation ou de résiliation dudit contrat sont divisibles. Cette divisibilité vise à garantir au titulaire que l'annulation du contrat ne remettra pas en cause les modalités indemnitaires convenues par les parties, à condition toutefois que la clause indemnitaires divisible ne soit pas entachée d'un vice propre. Ce dispositif doit toutefois respecter certains principes cardinaux : interdiction de consentir des libéralités (CE, 19 mars 1971, *Mergui*) et distinction entre les droits indemnitaires du titulaire d'un contrat public en cas de résiliation pour motif d'intérêt général (réparation intégrale) et en cas de résiliation pour un motif d'irrégularité.

➡ **H. DELZANGLES, « Vers une commande publique et des acheteurs écologiquement responsables ? », *CMP* 2023, n° 3, étude 1**

L'auteur se félicite que le verdissement du droit de la commande publique permette de renforcer l'« exemplarité » des acheteurs publics tout en déplorant que cette évolution n'aboutisse pas à la reconnaissance d'une authentique « responsabilité écologique » de ces derniers.

La prise en compte de la protection de l'environnement par le droit de la commande publique, initiée par le droit international public (Conférence de Rio 1992) et le droit de l'Union européenne (CJCE, 17 sept. 2002, *Concordia Bus Finland*, Directives de 2014 et *European Green Deal*) a été très progressive. Par anticipation ou par transposition, le droit interne a aussi réformé la commande publique dans le sens de son verdissement. En premier lieu, la commande publique a été mise au service de la protection de l'environnement afin de renforcer l'exemplarité des acheteurs publics. D'abord, le législateur n'a cessé de multiplier les objectifs sectoriels assignés à la commande publique, qu'il s'agisse de la transition vers l'économie circulaire, de la qualité et de la durabilité de l'alimentation ou de la « protection indirecte de la nature ». Cette contrainte légale est amplifiée en France par la planification qui démontre une volonté d'inciter les acheteurs à progresser dans la prise en compte des considérations environnementales par la commande publique. L'achat public écologique est envisagé dans des plans globaux, mais aussi sectoriels, à l'image des plans nationaux

d'action pour des achats durables développés depuis 2007. En deuxième lieu, le législateur a donné des moyens environnementaux au droit de la commande publique, notamment avec *la loi Climat et Résilience* (art. 35) qui introduit dans le Code de la commande publique, un article selon lequel « La commande publique participe à l'atteinte des objectifs de développement durable (...) » (art. L. 3-1). Au-delà de cette mesure symbolique, ce texte intègre la protection de l'environnement dans les règles de préparation des contrats à travers les spécifications techniques (CCP, art. L. 2111-2) et la définition des conditions d'exécution (CCP, art. L. 2112-2). Dans cet ordre d'idées, la protection de l'environnement est exigée dans les règles de passation des contrats, spécialement les règles d'exclusion des candidatures (CCP, art. L. 2141-7-1) et les critères de détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse (CCP, art. L. 2152-7). En dernier lieu, l'auteur déplore que cette évolution n'aboutisse pas à la reconnaissance d'une authentique « *responsabilité écologique* » des acheteurs publics. Il impute cette absence au caractère désorganisé des objectifs ainsi qu'au difficile accès au juge en matière de commande publique écologique dans la mesure où l'action des tiers se heurte à de « *sérieuses limites* » lors même que ce sont les associations de protection de l'environnement qui initient les recours tendant à mettre l'État face aux engagements qu'il a pris. Pour conclure, il insiste sur la nécessité d'ouvrir le prétoire du juge et de passer de « *l'incitation à l'intégration, voire à la contrainte* » afin que les objectifs fixés soient suivis.

➡ P. DELELIS, « Conflits d'intérêts et commande publique », *CMP 2023*, n° 3, étude 3

L'auteur réalise une analyse pratique de l'appréhension des conflits d'intérêts par le droit de la commande publique.

Il retrace ainsi l'évolution de la réglementation des conflits d'intérêts dans la sphère publique, du conseiller intéressé (ne pouvant prendre part au vote d'une délibération attribuant un contrat de la commande publique à une personne morale qu'il représente, en raison de la prise illégale d'intérêts) au principe d'impartialité (permettant de qualifier le conflit d'intérêts depuis la loi du 11 octobre 2013). L'auteur souligne toutefois que, dans le cadre de la commande publique, « *le conflit d'intérêts n'est pas directement sanctionné* », mais seulement indirectement – par le principe d'impartialité, celui d'égalité des candidats, ou les obligations de prévention des conflits d'intérêts des individus membres de l'administration. Le conflit d'intérêts ne fait l'objet d'une appréhension directe qu'à l'égard des candidats, par le biais des exclusions¹¹. L'auteur souligne à cet égard qu'il s'agit d'une

¹¹ Articles L. 2141-10 et L. 3123-10 du Code de la commande publique, respectivement pour les marchés et les concessions.

création française, l'article 24 de la directive 2014/24 UE n'appréhendant que les exclusions des prestataires intervenant dans la procédure ainsi que des membres du personnel du pouvoir adjudicateur, et non des candidats. L'auteur met en cause l'efficacité de ce mécanisme français, puisque l'existence de liens entre un candidat et un agent public impliqué dans la procédure de commande publique est déjà appréhendée par le fait que l'agent public doit se déporter – l'exclusion du candidat n'est donc pas nécessaire.

L'auteur conclut en formulant des recommandations. Les premières d'entre elles tiennent à la prise illégale d'intérêts des conseillers (élus ou fonctionnaires). L'auteur propose non seulement de conserver l'ancien critère de « *l'intérêt quelconque* », l'actuel critère (« *intérêt de nature à compromettre son impartialité, son indépendance ou son objectivité* ») manquant de clarté et de précision jurisprudentielle, mais également de préciser que la participation prohibée s'étend à tous les éléments de la prise de décision (dont par exemple le fait d'être présent à une réunion). L'auteur propose également que l'Administration procède à des rappels des obligations de retrait des conseillers intéressés. Il propose ensuite que l'impartialité inclût « *la perception, par un tiers, de la situation en cause* ». Enfin, l'auteur recommande, spécifiquement dans le cadre des procédures d'achat public, la mise en œuvre « *raisonnée* » des préconisations de l'AFA et de la direction des achats de l'État¹², c'est-à-dire la reprise des préconisations permettant de concilier l'achat au meilleur rapport qualité/prix avec la lutte contre les conflits d'intérêts.

➡ C. FONTAINE et F. LOUSTAU, « La commande publique à l'épreuve des nouvelles formes de commercialisation de l'énergie », *CMP 2023*, n° 4, étude 2

Les auteurs entendent démontrer que les nouvelles formes de commercialisation de l'énergie (contrats de vente directe et autoconsommation) répondent aux attentes des acheteurs publics, tout en soulevant des difficultés de conciliation avec le droit de la commande publique.

À titre liminaire, ils soulignent que la dégradation du marché de l'énergie et l'impératif de décarbonation des territoires incitent les acteurs publics à recourir à de nouveaux modes d'achat d'électricité. Dans cette perspective, la loi du 20 mars 2023 dite EnR introduit dans le Code de l'énergie, les opérations d'autoconsommation (production et consommation de l'électricité par la même entité) et les contrats de vente directe d'électricité (« *PPA* »). Ces montages contractuels présentent cependant des difficultés d'articulation avec le droit de la commande publique que les dispositions du Code de l'énergie tentent de résoudre. D'abord, en élevant ces contrats en « *mode*

¹² *Guide de l'achat public : Maîtriser le risque de corruption dans le cycle de l'achat public*, juin 2020.

de commercialisation distinct » (v. art. L. 333-1), le législateur permet à l'acheteur de circonscrire l'objet de sa consultation à ces montages sans avoir à les mettre en concurrence avec des offres de fourniture d'électricité classiques. Ensuite, concernant la problématique liée à la durée de ces contrats, l'article L. 331-1 du Code de l'énergie permet d'adosser un contrat de vente directe d'électricité à un marché public de fournitures d'une durée qui tient compte de l'amortissement par le titulaire des investissements nécessaires à la réalisation de nouveaux actifs de production, alors même qu'elle serait normalement jugée excessive. En dépit de ces efforts de fluidification, ces nouvelles formes de commercialisation de l'énergie posent d'autres questions relatives à leur passation auxquelles les auteurs tentent de répondre. En ce qui concerne l'autoconsommation collective, ils soutiennent que l'acheteur public qui y participe peut conclure un contrat d'achat d'électricité sans publicité ni mise en concurrence préalables (CCP, art. R. 2122-3). Selon eux, l'acte constitutif de la personne morale organisatrice confère un « *droit exclusif* » au producteur de se voir attribuer le marché destiné à répondre aux besoins en électricité de l'acheteur public qui participe à l'opération. En revanche, la constitution de cette personne morale à l'initiative de la personne publique doit être soumise à une procédure de mise en concurrence (à l'inverse de l'adhésion à une personne morale constituée). S'agissant du contrat de vente directe d'électricité, les auteurs estiment que la référence à la notion de « *circuit court* » (en ce sens : CE, 20 déc. 2019, n° 428290, *Sté Edeis*) devrait permettre à l'acheteur public d'intégrer dans la consultation des critères liés la localisation des installations de production sans porter atteinte au principe de non-discrimination. Ils vont plus loin en soutenant que l'acheteur public devrait même pouvoir exiger le développement de nouveaux actifs de production d'énergie renouvelable dans son périmètre géographique puisqu'un tel critère a, selon eux, un lien avec l'objet du contrat de vente directe d'électricité.

➡ **B. KOEBEL, « L'achat public, explorateur de nouveaux horizons ou bateau ivre ? », *CMP* 2023, n° 4, act. 4**

L'auteur analyse les évolutions et difficultés récentes rencontrées dans le cadre de l'achat public et, plus précisément les « *aléas sans précédent* » survenus depuis 2020 avec « *la superposition de crises : sanitaire d'abord, économique ensuite, énergétique enfin* ».

L'auteur dresse un bilan relativement positif de l'achat public, estimant que celui-ci tend à s'adapter aux crises tout en faisant l'objet de transformations plus générales (étrangères aux crises). Il nuance toutefois ce constat à trois égards. En premier lieu, l'achat public semble insuffisamment adapté aux spécificités de certains secteurs tels que celui de l'énergie. Ceci s'explique par la technicité et la

complexité de cette matière, qui génère un besoin accru d'expertise insuffisamment comblé en raison du manque d'attractivité de la fonction publique. En deuxième lieu, la cohérence du droit applicable est relative, compte tenu de l'opposition de certains objectifs : « *la fonction achat est exposée à plusieurs injonctions contradictoires l'écartelant dans ses propres fondements : l'achat public peut-il poursuivre des objectifs notamment de développement durable, autres que celui, strictement économique, qui en constitue la base ? Peut-on encourager le localisme, pertinent d'un point de vue environnemental et bénéfique pour l'économie locale, et respecter avec intransigeance les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats ?* ». Enfin, la stabilité du droit est fortement mise en cause, créant ainsi de l'insécurité. L'auteur émet plusieurs suggestions à cet égard, comme le renforcement de la « *souveraineté dans des secteurs tels que la santé, l'alimentaire, le numérique ou encore l'électronique* », ou une nouvelle structuration de l'achat par « *une cartographie qui, telle une vigie, permet à l'acheteur public de disposer d'une vision panoramique de ses achats, à partir de laquelle il peut bâtir une stratégie lui permettant de mieux acheter, en particulier dans un environnement incertain* ».

➔ **P.-A. ZALCBERG, « De l'usage abusif ou anticoncurrentiel de l'accord-cadre : réflexions sur la portée pratique de l'article R. 2162-1 du Code de la commande publique », *CMP 2023*, n° 6, étude 6**

L'auteur analyse la nature opérationnelle et la clarté de l'interdiction de l'usage abusif ou anticoncurrentiel des accords-cadres (aujourd'hui présente dans le considérant 61 de la directive 2014/24/UE et dans l'article R. 2162-1 du Code de la commande publique).

L'auteur souligne tout d'abord que l'intérêt en pratique de la disposition française (article R. 2162-1 du Code de la commande publique) est resté limité pendant plusieurs années. Ceci s'explique selon lui par le fait que l'usage abusif ou anticoncurrentiel n'est en pratique jamais contrôlé, car le recours aux accords-cadres n'est soumis à aucune condition particulière comme le souligne la DAJ elle-même¹³. Ainsi, « *[e]n pratique, l'opportunité de l'usage de la technique n'est jamais réellement questionnée autrement que par son adaptation aux besoins de l'acheteur public* ». Les conditions de recours aux accords-cadres et, partant, l'interdiction de l'usage abusif ou anticoncurrentiel de l'accord-cadre, ont toutefois été précisées à partir de 2018 par deux arrêts de la CJUE¹⁴. La CJUE a affirmé en premier lieu que la nature spécifique et le volume des besoins pour les marchés subséquents doivent être déterminés par les pouvoirs adjudicateurs non signataires de l'accord-cadre (c'est-à-dire lorsqu'un

¹³ DAJ, Fiche technique, « Les accords-cadres », mise à jour le 1^{er} avril 2019, §1.1, p. 2.

¹⁴ CJUE, 19 décembre 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Coopservice Soc. coop. Arl c. ASST*, aff. C-216/17 ; CJUE, 17 juin 2021, *Simonsen & Weel A/S c. Region Nordjylland og Region Syddanmark*, aff. C-23/20.

pouvoir adjudicateur conclut un accord-cadre pour son compte et celui d'autres pouvoirs adjudicateurs qui pourront ensuite recourir aux marchés subséquents). La CJUE a également indiqué en second lieu que l'avis de marché dans le cadre d'un accord-cadre doit comporter certains éléments précis (quantité et/ou valeur estimée, ainsi que quantité et/ou valeur maximale). En conditionnant ainsi le recours aux accords-cadres, la jurisprudence européenne accroît la portée pratique de l'interdiction de l'usage abusif ou anticoncurrentiel des accords-cadres.

L'auteur souligne toutefois dans un second temps que des doutes résiduels existent quant à la conformité de certaines pratiques avec l'interdiction de l'usage abusif ou anticoncurrentiel des accords-cadres. L'auteur donne plusieurs exemples, et met en lumière deux situations spécifiques : les accords-cadres avec des centrales d'achat et des accords-cadres parallèles. Concernant la première situation, plusieurs risques sont soulevés : « [I]l s'agit d'une association d'une vaste centralisation des achats à la mécanique contractuelle de l'accord-cadre, qui la rend possible dans les faits, peut conduire dans certains cas particuliers à affecter la concurrence soit en favorisant la création de marché oligopolistique, soit en créant des circuits de commande dénaturant les principes de la commande publique ». L'auteur met également en exergue l'absence d'obligation de publication des données essentielles des bons de commande passés sur le fondement des accords-cadres, limitant ainsi l'ouverture des données au public et donc la transparence. Au regard cette fois des accords-cadres parallèles, l'auteur souligne qu'il s'agit de la situation dans laquelle « le pouvoir adjudicateur recourt à la fois à une centrale d'achat et son propre accord-cadre pour s'approvisionner sur un même segment d'achat ». Selon les cas de figure, ceci peut susciter des interrogations quant à la conformité avec le principe d'exclusivité, l'interdiction de scinder les achats, ou les règles de computation. L'auteur constate un manque de clarté en la matière. Le droit semble pouvoir être interprété comme permettant la conclusion d'accords-cadres parallèles au recours à une centrale d'achats dans une seule hypothèse – celle dans laquelle des besoins ne seraient pas couverts par cette centrale et pourraient donc faire l'objet d'un accord-cadre parallèle. Cela signifierait toutefois qu'« il n'y aurait donc pas de réelle prise autour des pratiques de recours parallèles aux accords-cadres de la centrale d'achat public et ceux conclus en propre par les acheteurs publics ».

L'auteur conclut en soulignant que la portée pratique de l'article R. 2162-1 du Code de la commande publique serait renforcée par un réel encadrement légal de ces pratiques : ceci « pourrait révéler une utilité manifeste, notamment en contrôle interne, en requérant de l'acheteur public qu'il étudie l'impact de ses stratégies de recours à l'accord-cadre » et en mettant en cause l'opportunité de l'usage de cet outil.

➡ **X. MOURIESSE et T. LE MERCIER, « Marchés de substitution : quelles modalités de mise en œuvre ? », *CMP* 2023, n° 8-9, étude 8**

L'article entend exposer les subtilités du régime juridique applicable aux marchés de substitution par lequel l'acheteur public qui a vainement mis en demeure son cocontractant d'exécuter les prestations qu'il s'est engagé à réaliser par voie contractuelle peut faire exécuter celles-ci, aux frais et risques de son cocontractant, par une entreprise tierce.

Il résulte des règles générales d'ordre public applicables aux contrats administratifs que l'acheteur public peut, en cas de défaillance de son cocontractant, recourir à un marché de substitution (v. not. CE, 12 avr. 2023, n° 461576, *Sté Art et Build Architectes*). Le Code de la commande publique ne contenant aucune disposition spécifique aux marchés de substitution, son régime juridique est fixé par la jurisprudence et les nouveaux CCAG. Ce sont, en premier lieu, les conditions de mises en œuvre qui ont dû être précisées. D'abord, la conclusion d'un marché de substitution est conditionnée à une mise en demeure préalable du titulaire défaillant – qui doit être mis à même de présenter ses observations (CAA Marseille, 20 mars 2023, n° 21MA03334) –, ainsi qu'à l'existence d'un manquement contractuel suffisamment grave et caractérisé. Dès lors que ce manquement peut porter sur tout ou partie des prestations objet du contrat, le juge n'exige pas la résiliation du marché initial (CE, 12 avr. 2023, *préc.*). Ensuite, la procédure de passation de ce nouveau marché public doit logiquement se conformer aux principes de transparence et de mise en concurrence issus du droit de la commande publique. Néanmoins et compte tenu de l'impératif lié à la poursuite rapide de prestations, l'acheteur est autorisé à aménager les critères de sélection des offres, en accordant, le cas échéant, une pondération significative au critère des « *délais d'exécution* » (CAA Marseille, 19 janv. 2022, n° 19MA02506, *Sté SPT MI*). En revanche, et sauf « *urgence impérieuse* » (CCP, art. R. 2122-1), l'acheteur ne pourra pas recourir à la procédure allégée. En second lieu, il était nécessaire d'encadrer le contenu, l'aspect financier et les questions relatives au suivi des marchés de substitution. Sur l'aspect matériel, le principe veut que les travaux ou prestations exécutés aux frais et risques du cocontractant soient circonscrits à l'exécution du cahier des charges initial. Par une « *interprétation finaliste* », le Conseil d'État admet cependant la prise en charge d'éléments nécessaires à la réalisation du marché, tout en précisant que lorsque le marché de substitution n'a pas permis de réaliser l'objet du marché, la personne publique peut obtenir réparation du titulaire initial (CE, 18 déc. 2020, n° 433386, *Sté Treuils et Grues Labor c/ CCI d'Ille-et-Vilaine*). Sur l'aspect financier, la réalisation « *aux frais et risques* » du titulaire initial suppose que l'acheteur déduise les surcoûts liés à la passation d'un nouveau marché public des sommes dues au titulaire au titre des prestations

admises. En cas de résiliation, le cocontractant dispose toujours de la faculté de saisir le juge du contrat afin d'en faire constater l'irrégularité / le caractère infondé et, le cas échéant, demander le règlement des sommes qui lui sont dues (CE, 4 juill. 2014, n° 374032 et n° 375461, *Communauté d'agglomération Saint-Étienne Métropole*). Sur le dernier point, le juge exige que le titulaire initial soit mis à même de suivre l'exécution du marché de substitution afin de sauvegarder ses intérêts (CE, 5 avr. 2023, n° 463554, *min. Armées*).

➡ B. THIRION, « Après le pic : quelles réponses à l'inflation dans la commande publique ? », *CMP 2023*, n° 11, étude 9

L'auteur plaide pour une adaptation des conditions de révision des clauses financières insérées dans les contrats de la commande publique, dont les limites et les insuffisances ont été mises en lumière par les crises récentes.

En effet, l'inflation a eu, pour de nombreux titulaires de contrats publics, des conséquences financières lourdes (hausse des prix, difficultés d'approvisionnement), qu'ils ne pouvaient anticiper. Selon l'auteur, la réponse la plus pertinente à ces événements réside dans la révision des clauses financières. Il rappelle, à titre liminaire, le double intérêt de la révision des clauses financières pour les parties : elle permet à la fois de « purger le passé » en couvrant les surcoûts subis par l'opérateur économique et de mieux couvrir ce risque à l'avenir afin d'assurer la pérennité des contrats. Dans la mesure où la théorie de l'imprévision ne permet pas de régler durablement le problème, le Conseil d'État admet que les clauses financières (prix ou tarifs) d'un marché ou d'une concession puissent être modifiées (CE, avis, 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*). Les modifications « sèches » sont donc envisageables sous certaines conditions : elles doivent être justifiées par des « circonstances imprévisibles » (par exemple : la guerre en Ukraine) et la modification ne pas excéder ce qui est nécessaire pour y répondre, dans la limite, pour chaque modification, d'un plafond de 50 % du montant initial global du contrat (CCP, art. R. 2194-5 et R. 3135-5). S'il n'existe pas de droit général et absolu à la modification du contrat (CE, avis, 15 sept. 2022, préc.), un pouvoir adjudicateur pourrait, dans certains cas, commettre un manquement susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle en s'y opposant. L'auteur s'attache, dans un second temps, à identifier ce qu'est une « bonne » clause de révision, c'est-à-dire celle qui permet de refléter les variations des conditions économiques du contrat, exercice au combien délicat (en ce sens : F. Lichère (dir.), *La modification des contrats de la commande publique, rapport de la Chaire de droit des contrats*

publics, 2023). La bonne clause se définit par plusieurs paramètres, en particulier des références ou des formules paramétriques représentatives de la structure de coûts du contrat, d'une part, et une fréquence suffisamment rapide, d'autre part (en ce s. DAJ, *Guide et recommandations sur les prix dans les marchés publics*, avr. 2013). Enfin, l'auteur recommande d'insérer, en complément de la clause de révision, une clause de réexamen qui constitue un « *outil contractuel essentiel pour faire face aux évolutions du contexte économique* » et laisse plus de place à la discussion entre les parties.

G. CLAMOUR, « Du vert dans les fruits de la commande publique », *CMP 2023*, n° 12, étude 10

L'article revient sur le renforcement, par la *loi du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte*, de la prise en compte des enjeux environnementaux dans la commande publique.

En premier lieu, ce texte étend à tous les acheteurs publics l'obligation d'adoption, au-dessus d'un seuil, d'un schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement responsables qui fixe des objectifs de politique d'achat de biens et de services pour encourager l'intégration des travailleurs handicapés / défavorisés, la réduction des émissions de gaz à effet de serre et la consommation d'énergie, d'eau et de matériaux ou encore promouvoir la durabilité des produits, la sobriété numérique et l'économie circulaire (CCP, art. L. 2111-3). En deuxième lieu, le législateur a posé un nouveau motif d'exclusion facultatif visant « *les personnes soumises à l'article L. 229-25 du code de l'environnement* », c'est-à-dire celles tenues d'établir un bilan de leurs émissions de gaz à effet de serre, « *qui ne satisfont pas à leur obligation d'établir un bilan de leurs émissions de gaz à effet de serre pour l'année qui précède l'année de publication de l'avis d'appel à la concurrence ou d'engagement de la consultation* » (CCP, art. L. 2141-7-2). En troisième lieu, le texte apporte des précisions sur l'offre économiquement la plus avantageuse laquelle peut désormais être déterminée sur le fondement du critère « *du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux* » (CCP art., L. 2152-1). En quatrième lieu cette loi apporte des mesures de simplification. D'abord, elle offre aux entités adjudicatrices une nouvelle exception au principe d'allotissement « *lorsque la dévolution en lots séparés risque de conduire à une procédure infructueuse* » (CCP, art. L. 2113- 11, 3°). Ensuite, elle permet, pour les entités adjudicatrices, de déroger à la durée des accords-cadres afin de ne pas freiner le développement des réseaux d'énergies renouvelables. Elle confère enfin aux entités adjudicatrices la faculté d'autoriser les opérateurs économiques à présenter des rabais selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus, ce qui est en principe interdit (CCP, art. L. 2151-1).

► La Semaine juridique – Administration et collectivités territoriales (LexisNexis)

➡ P. VILLENEUVE, « Simplification, intégration, adaptation ou le nouveau paradigme de la commande publique », *JCP Adm.* 2023, n° 1, act. 2

L'auteur entend démontrer que les mesures introduites par le décret du 28 décembre 2022 sont destinées, d'une part à faire face à la hausse des matières premières ainsi qu'aux difficultés d'approvisionnement et, d'autre, part à simplifier et adapter le Code de la commande publique pour répondre aux difficultés d'accès des PME.

À ce titre, il porte, en premier lieu, une augmentation du taux maximal des avances (CCP, art. R. 2191-11) dont le remboursement est désormais échelonné (CCP, art. R. 2191-11). En deuxième lieu, le décret clarifie les obligations du maître d'ouvrage à l'égard des maîtres d'œuvre (pénalités seulement lorsque le dépassement du coût prévisionnel ou du marché de travaux est imputable au maître d'œuvre). Il prévoit également la possibilité pour les candidats de transmettre une copie de sauvegarde de leur offre par voie dématérialisée par exemple depuis une plateforme cloud. En troisième lieu, le décret poursuit l'inflexion de la commande publique pour les objectifs économiques, sociaux et environnementaux en fixant notamment à 50 % la proportion minimale de personnes détenues devant être employées dans le cadre de marchés publics ou de contrats de concession pour ces marchés réservés (CCP, art. R. 2113-7). En quatrième lieu, le texte proroge le régime « *exceptionnel* » prévu par la loi ASAP permettant à l'acheteur de recourir à un marché public de travaux sans publicité ni mise en concurrence pour répondre à un besoin allant jusqu'à 100 000 euros HT, au risque de susciter de nombreux questionnements. Selon l'auteur, la « simplification » se situe plutôt du côté de l'acheteur que des entreprises soumissionnaires. Il souligne, en outre, un risque d'incompatibilité entre cette dérogation et le critère de l'apparence maintenu dans la définition du délit de prise illégale d'intérêts par le Code pénal (art. 432-12).

➡ P. VILLENEUVE, « Accélération des énergies renouvelables et adaptation de la commande publique, un mariage raisonnable ? », *JCP Adm.* 2023, n° 16, 2134

L'auteur revient sur les innovations introduites par la loi du 10 mars 2013 dite EnR, laquelle réforme le Code de l'énergie, celui de la propriété des personnes publiques et, plus marginalement, le droit

de la commande publique qui peut être envisagé comme un « possible frein » au développement des énergies renouvelables.

Dans le prolongement des législations antérieures, elle prévoit un allègement des procédures de mise en concurrence. En ce qui concerne d'abord l'occupation privative du domaine public en vue de l'installation et l'exploitation de sources d'énergie renouvelables, l'État peut délivrer un accord de principe à chaque candidat tandis que les collectivités territoriales peuvent renoncer à organiser la procédure de mise en concurrence (CGPPP, art. L. 2122-1-3-1). Ensuite, l'État peut s'engager à réaliser les études techniques et environnementales à l'élaboration des projets portés par les candidats bénéficiaires et à réaliser l'étude d'impact pour la construction et l'exploitation d'installations de production d'énergie renouvelable en mer (C. énergie, art. L. 311-10-3). Enfin, la loi promeut une « *intervention croisée ou concomitante* » de l'État et des services déconcentrés en créant au sein des préfectures de département, un référent à l'instruction des projets d'énergies renouvelables et des projets industriels nécessaires à la transition énergétique. Dans un second temps, la commande publique entend contribuer à la production d'énergies renouvelables. Sur ce point, elle offre un cadre juridique aux contrats directs de long terme de vente d'électricité ou de biogaz qui doivent être conclus « *dans les conditions fixées par le Code de la commande publique* » (C. énergie, art. L. 331-5 et L. 441-6) ainsi qu'à l'autoconsommation. Ces nouvelles règles ne constituent pas des dérogations (à l'exception de la durée des contrats), mais des adaptations des règles du droit de la commande publique. Deux dernières dispositions méritent une attention particulière : un mécanisme de contribution au partage territorial de la valeur des énergies renouvelables par lequel les titulaires d'appels d'offres devront participer au financement de projets « verts » (C. énergie, art. L. 314-41) ainsi qu'un dispositif de planification territoriale des énergies renouvelables afin de faciliter l'approbation locale des projets et assurer un meilleur équilibre dans les territoires.

➡ **L. RICHER, « L'extension de la transparence dans la passation : un instrument de prévention de la corruption », *JCP Adm.* 2023, n° 18, 2158**

Cet article fait partie des actes du colloque « 30 ans après la première loi Sapin : où en est-on de la lutte contre la corruption ? », organisé à l'Université Jean Moulin Lyon 3 le 10 mars 2023 sous la direction scientifique d'Alexis Bavitot, François Lichère, Xavier Pin et Élise Untermaier-Kerléo.

L'article analyse la lutte contre la corruption à l'aune de la transparence dans la passation des contrats de la commande publique. La thèse de l'auteur est de nuancer les critiques, le « *scepticisme* », à l'égard de l'efficacité de la transparence pour prévenir la corruption.

L'auteur analyse tout d'abord la corrélation établie par les textes entre la transparence et la lutte contre la corruption de manière (même hors droit de la commande publique), à l'image de l'article 10 de la Convention des Nations Unies contre la corruption¹⁵. Cette corrélation « *repose sur un présupposé selon lequel la corruption suppose la clandestinité, ce qui implique qu'elle fait l'objet de réprobation par l'opinion et de répression par le droit* ». La même idée anime le droit français et est à l'origine des deux lois Sapin (de 1993 et de 2016). Le lien entre transparence et lutte contre la corruption est encore plus prégnant en droit de la commande publique, seul domaine où le principe général de transparence est consacré (en lieu et place d'exigences ponctuelles de transparence). L'ancienneté de ce lien est attestée par les textes, comme l'article 12 de la loi du 31 janvier 1833 et l'ordonnance du 4 décembre 1836 (qui ont fondé le droit des marchés publics jusqu'en 1958). Initialement conçue comme recouvrant l'intégrité des intervenants en droit de la commande publique, la transparence est devenue, sous l'impulsion européenne¹⁶, protectrice de l'intégrité de la compétition en interdisant les discriminations fondées sur la nationalité. La première dimension de la transparence (fondée sur l'intégrité des intervenants) n'a toutefois pas disparu, comme le démontre la version amendée de 2012 de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'OMC et auquel l'UE est partie, qui indique que la procédure de passation des marchés publics doit être transparente. Ceci inclut le fait d'empêcher « *les pratiques frauduleuses* » selon l'article IV. 4 – la version anglaise de cette disposition établissant un lien encore plus explicite avec la corruption en désignant les « *corrupt practices* ».

L'auteur en déduit que la transparence dans le cadre de la commande publique se traduit par la transparence dans la passation des contrats de la commande publique. L'efficacité de la transparence pour lutter contre la corruption est toutefois remise en cause par certains auteurs. Certains soutiennent à ce titre que le renforcement de la lutte contre la corruption par le renforcement de la transparence dans la passation ne serait pas efficace, et que d'autres outils seraient plus adéquats (exemples : développement des procédures électroniques, organes de contrôle et sanctions, centralisation des achats, protection des lanceurs d'alerte). L'auteur nuance cette analyse : la transparence n'exerce pas une influence directe sur la corruption, mais « *agit*

¹⁵ Convention des Nations Unies contre la corruption, adoptée à New York le 31 octobre 2003 et entrée en vigueur le 14 décembre 2005.

¹⁶ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress contre Telekom Austria AG*, aff. C-324/98.

latéralement en instaurant des exigences qui rendent la corruption plus difficile et, éventuellement, en déportant la sanction sur d'autres illégalités ».

L'analyse de l'auteur repose ainsi sur deux éléments : la transparence est un outil de lutte contre la corruption, mais comporte certaines limites.

Sur le premier élément – l'efficacité de la transparence dans la procédure de passation à l'égard de la lutte contre la corruption –, l'auteur commence par souligner qu'il existe plusieurs conceptions de la corruption. La conception large (retenue par exemple dans la Convention des Nations Unies contre la corruption et par l'AFA dans son rapport d'activité de 2021) inclut la corruption *stricto sensu*, mais également le trafic d'influence, la concussion, la prise illégale d'intérêts, le détournement de fonds public et le favoritisme. L'auteur prend le parti de retenir la conception plus restreinte, c'est-à-dire la corruption *stricto sensu*, car « [c]e délit est le plus facile à commettre en matière de contrats publics et c'est en ce domaine qu'apparaît le mieux son caractère "contre nature" ». La transparence des règles de passation, entendue comme la publicité des informations relatives aux procédures de passation et des conditions de participation et critères de sélection ainsi que l'existence d'un système de recours interne efficace, constitue selon l'auteur « une réponse adéquate à la corruption ». En premier lieu, trois éléments de la procédure de passation limitent les risques de corruption : l'interdiction d'échanges clandestins par l'obligation de publication d'un avis d'appel à candidatures, la motivation et l'existence de motifs objectifs dans le choix des candidats (par l'obligation de définition et d'annonce des critères de choix), ainsi que la mise à disposition des candidats des données utiles pour l'exercice des recours. En second lieu, les règles de la commande publique peuvent permettre de sanctionner directement ou indirectement la corruption. La sanction directe est rare – à l'exception des cas d'exclusion pour les auteurs d'une telle infraction et de la faculté d'annulation des contrats dont la conclusion est fondée sur la corruption. La sanction indirecte est en revanche bien plus fréquente et donc utile dans la lutte contre la corruption : « elle [la corruption] est appréhendée indirectement et souvent inconsciemment à travers la violation des règles de passation, le plus souvent celles qui sont fondées sur le principe de transparence ». Il en est ainsi de la soustraction volontaire et injustifiée à la mise en concurrence (exemple : passation de gré à gré en prétextant un appel d'offres infructueux ou par le « saucissonnage »), des critères imprécis de sélection des candidats, ou de la poursuite injustifiée de la procédure alors que les conditions initiales ne sont pas respectées. Ceci peut donner lieu aussi bien à des sanctions pénales (en raison de la caractérisation d'un délit de favoritisme depuis 1991) qu'administratives (par un recours pour excès de pouvoir contre un acte détachable ou un recours de plein contentieux désormais ouvert pour contester la validité du contrat en raison de son contenu illicite, d'autant que la partialité justifie l'annulation d'un contrat).

Il existe toutefois des limites à la lutte contre la corruption via la transparence dans la procédure de passation. En premier lieu, la souplesse des règles de passation peut accroître les risques de corruption (exemples : procédure négociée, marge d'appréciation des acheteurs dans le choix du titulaire du contrat par un critère ne tenant pas uniquement au prix le plus bas mais à l'avantage économique global). En second lieu, le droit de la commande publique ne permet pas de surmonter les difficultés de preuve de la corruption. Enfin, la corruption n'entraîne pas nécessairement une violation des règles de passation et ne peut donc pas nécessairement être sanctionnée pour non-respect des exigences de transparence. L'auteur s'appuie à cet égard sur deux exemples – l'un relatif à un marché public (affaire *Bédier*), l'autre à une concession (affaire *Carignon*) –, où la corruption a été reconnue mais n'était pas adjointe d'une violation des règles de passation. Dans le premier cas, les règles de passation avaient été respectées tandis que, dans le second cas, les règles de passation n'étaient pas encore applicables aux délégations de service public (affaire antérieure à la loi Sapin). L'auteur souligne également que la corruption peut se reporter au stade de l'exécution des contrats de la commande publique et ainsi ne pas être appréhendée sous l'angle de la transparence, car celle-ci est bien moins prégnante dans l'exécution que dans la passation. Ceci explique la préconisation de la Commission européenne dans son rapport anti-corruption d'étendre les exigences de transparence et le contrôle corrélatif à l'exécution des contrats de la commande publique¹⁷.

D'où un constat nuancé mais plutôt optimiste de l'auteur : « [c]ela incite [...] à ne pas partager le pessimisme ambiant au sujet de la transparence, tout en admettant que la transparence n'est efficace que si elle engendre la crainte d'une sanction ».

➡ **L. SOURZAT, « L'aléa et la commande publique : meilleurs ennemis ? », *JCP Adm.* 2023, n° 36, 535**

L'auteure analyse la relation ambivalente entre l'aléa et la commande publique en raison des crises récentes (économiques, sanitaires, et énergétiques) auxquelles les contrats de la commande publique ont dû faire face.

L'auteure estime que cette relation a fait l'objet d'une transformation, l'aléa étant passé du statut d'« ennemi pour la stabilité des contrats de la commande publique » à celui d'« ennemi respecté dont la prise en compte se trouve être particulièrement utile à la conclusion de contrats plus résistants face à la survenance d'évènements difficilement prévisibles ». Ceci résulte de l'intégration directe de l'aléa dans le droit de la commande

¹⁷ Rapport de la Commission au Conseil et au Parlement européen, Rapport anticorruption de l'UE, 3 février 2014, COM(2014) 38 final.

publique, alors qu'il était auparavant relativement étranger à cette branche du droit (car principalement appréhendé en droit public dans le domaine de la responsabilité extracontractuelle). Les crises récentes ont démontré la relative inadéquation des théories classiques des faits imprévisibles (imprévision, sujétions techniques imprévues, fait du principe, et force majeure) pour prendre en compte les différents événements imprévisibles tout en respectant « *une obligation de prévoyance de plus en plus prégnante à la charge des acteurs de la commande publique ainsi qu'['] une véritable primauté donnée à la force obligatoire du contrat et au strict respect des principes issus de l'ordre public concurrentiel* ».

Ceci a conduit à la naissance de différents outils pour appréhender les aléas résultant des crises récentes, principalement au regard des modifications des contrats résultant de circonstances imprévues. Le Code de la commande publique fut à cet égard précisé par l'avis du Conseil d'État du 15 septembre 2022 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. Les éléments avancés par le Conseil d'État adaptent les conditions d'application de cette théorie classique aux nouveaux aléas en prévoyant plusieurs solutions (modification du contrat, indemnisation, ou décision unilatérale de l'administration). Le Code de la commande publique fut également amendé par la codification de certains dispositifs dérogatoires issus de la crise sanitaire, relatifs à la fois à la passation et à l'exécution du contrat.

L'auteure estime toutefois qu'une « *approche plus globale* » des aléas est nécessaire, et souligne à cet égard l'ampleur des définitions et des catégories d'aléas (exemple : aléa se caractérisant par une incertitude liée à l'intervention éventuelle du juge). En effet, l'auteure constate le maintien d'« *obstacles contentieux tout comme [d]es incertitudes engendrées par la difficile lisibilité des textes applicables à la commande publique* ».



Sous la direction de :

F. Lichère

Equipe de recherche :

C. Bernard, A. Lassale, R. Le Moing,

A. Meynier Pozzi et F. Yéo



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

Répartition et traitement des risques dans la commande publique, 2024

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

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

LinkedIn

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