

2332

Introduction

Actes de colloque

François LICHÈRE,

*professeur agrégé de droit public,
université Jean Moulin Lyon 3,
directeur de la Chaire de droit des contrats publics*

La Chaire de droit des contrats publics a été créée au 1^{er} septembre 2020 avec l'objectif d'étudier l'effectivité de l'application des règles du droit des contrats publics. Grâce au travail de trois chercheurs post-doctorants, elle mène des enquêtes de terrain, dites qualitatives (interviews) et quantitatives (sondages en ligne), une démarche plutôt originale en droit, avant de faire des recommandations (*v. www.chairedcp.univ-lyon3.fr*). Mais elle ne renonce pas à des méthodes plus classiques, à l'image des recherches sur des travaux doctrinaux existants, toujours nécessaires avant de commencer des enquêtes de terrain, ou encore l'organisation de colloques. L'organisation d'un premier colloque de la Chaire à l'université Jean Moulin Lyon 3, le 24 septembre dernier, a été néanmoins l'occasion d'éprouver une méthode peu courante : le thème principal, introduit par un « grand témoin », a été découpé en quatre sous-thèmes, lesquels faisant l'objet d'une intervention d'un théoricien et d'un praticien, avant qu'un modérateur ne vienne compléter l'approche en synthétisant les échanges des ateliers de discussion de la veille auxquels ont participé des juristes d'autorités contractantes, d'entreprises et des avocats.

Le thème général choisi pour ce premier colloque, issu d'une... discussion avec le directeur juridique d'un partenaire de la Chaire, n'était pas dénué non plus d'originalité : « la discussion » n'est pas à proprement parler une notion juridique, du moins pas en droit de la commande publique puisque le terme ne se trouve pas dans le Code de la commande publique, si ce n'est sous forme indirecte dans le dialogue compétitif comme il sera vu. Surtout, l'idée d'une discussion paraît presque contre-intuitive dans le cadre de contrats publics, du moins si l'on songe aux contrats soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence : les règles procédurales à suivre à cet effet visent les autorités contractantes, ce qui induit une certaine unilatéralité dans leur mise en œuvre. Et au stade de l'exécution, les règles générales applicables aux contrats administratifs telles que dégagées par le juge administratif consacrent, la plupart du temps, des pouvoirs unilatéraux au profit des autorités contractantes et ce quels que soient les types de contrats en cause, sans parler des clauses contractuelles issues des CCAG des marchés publics. Marqués par le sceau de l'unilatéralisme, n'y a-t-il pas néanmoins place pour la discussion dans les contrats publics, que ce soit dans la passation ou l'exécution ? Le premier sous-thème a cherché à identifier les lieux de la discussion, notamment en dehors des procédures naturellement portées vers la discussion. Quel est le contenu concret de la discussion dans le cadre de ces procédures propices à la discussion que sont les procédures négociées et le dialogue compétitif ? Tel était le deuxième sous-thème, cependant que le troisième traitait des risques de la discussion et le dernier, des méthodes de la discussion avant que le professeur Richer, co-directeur scientifique du colloque avec le rédacteur de ces lignes, nous éclaire d'une remarquable conclusion.

Ce bref propos introductif ne saurait s'achever sans remercier les personnes et les institutions qui ont permis la réalisation de ce colloque et sa publication : les différents intervenants du colloque, dont les propos sont retranscrits ci-après soit dans leur version orale, soit sous une forme plus écrite, les post-doctorants de la Chaire et le secrétariat de l'Équipe de droit public de Lyon, les présidents de séance pris en les personnes du bâtonnier Marc Ringlé et du professeur Caroline Chamard-Heïm, laquelle doit être également remerciée en tant que directrice de l'Institut

d'Études administratives qui a participé au financement du colloque, aux côtés de l'Équipe de Droit public de Lyon – dont le directeur, le professeur Christophe Roux est également intervenu, le service général de la recherche de l'Université Jean Moulin Lyon 3, la Métropole de Lyon, le site achatpublic.info pour la diffusion de l'information, la *Semaine juridique Administrations et collectivités territoriales* pour l'annonce du colloque et la publication des actes, l'association Cercle des contrats publics pour leur aide matérielle et bien sûr l'ensemble des partenaires de la Chaire dont la liste se trouve sur le site internet de la Chaire.

Avant d'aborder le thème même du colloque, il a été jugé utile qu'un bref rappel des résultats des deux premiers thèmes de recherche de la Chaire soit fait par Fanette Akoka, ex-post-doctorante de la Chaire et Valentin Lamy, post-doctorant de la Chaire. Qu'ils soient ici remerciés, comme Adeline Meynier-Pozzi et Oriane Sulpice, les autres post-doctorantes de la Chaire, pour la qualité de leur travail et leur implication.

Sommaire

2333 Présentation du premier rapport : « Crise sanitaire et contrats publics »

Fanette AKOKA,

ex-post-doctorante de la Chaire de droit des contrats publics

1. La mise en place de la méthode de travail de la Chaire

1 - À rebours des canons de la recherche juridique universitaire classique, la Chaire de droit des contrats publics a vocation à se concentrer davantage sur la sociologie juridique afin de mieux comprendre et le cas échéant d'adapter la règle de droit. S'écartant donc de la « *tradition livresque* » pour reprendre l'expression du doyen Carbonnier, les méthodes de travail se concentrent sur les observations de terrain après une étude des textes.

Des entretiens ont été menés avec les partenaires de la Chaire, ainsi que d'autres autorités contractantes, entreprises et avocats spécialisés dans le droit des contrats publics. Un questionnaire en ligne a été diffusé largement auprès de spécialistes de droit des contrats publics, donneurs d'ordre public comme opérateurs économiques ou encore cabinets de conseil. Un panel large des acteurs des contrats publics était alors représenté.

Dans un souci d'exhaustivité, une analyse doctrinale et une recherche empirique en droit privé sont venues compléter les retours sur la pratique de ces contrats au niveau national. Des professeurs et chercheurs de cinq pays différents (Allemagne, Espagne, Royaume-Uni, Italie, Pologne) ont été sollicités lors du premier rapport afin de compléter la recherche avec une enquête de droit comparé.

2. Le premier rapport de la Chaire : Crise sanitaire et contrats publics

A. - Les résultats de l'enquête

2 - Concernant la suspension, nous avons pu constater qu'environ 67 % des sondés ont connu au moins une suspension de leurs contrats publics. La formalisation de ces suspensions était principalement des ordres de service (notamment sur le fondement de l'article 49 du CCAG). Pour les contrats relatifs aux travaux, la publication du guide de l'OPPBTP a sonné la fin de la suspension de nombreux contrats. Le second confinement n'a toutefois pas entraîné de telles suspensions.

L'indemnisation de la suspension n'a pas été automatique. Lorsqu'une partie des coûts a été prise en charge, cela était au titre des frais fixes d'allongement des délais et de perte de productivité. À défaut d'indemnisation, des avenants de prolongation de délai avec une clause de renonciation à recours ont parfois été conclus.

Les pénalités liées à la suspension ont été très peu appliquées. Le corollaire des pénalités, à savoir la question des délais, pose davantage

de difficultés en pratique : des pénalités futures pourraient être appliquées.

Une note positive dans ce tableau, très peu d'hypothèses de résiliation de contrat sont à déplorer : 84 % des sondés ont affirmé ne pas avoir connu de résiliation. Nous n'avons par exemple eu aucun retour concernant une résiliation-sanction. Les quelques résiliations ont principalement concerné des bons de commande.

Les réelles difficultés n'ont pas été tant liées à la suspension qu'à la reprise de l'exécution contractuelle dans des conditions dégradées.

Les principales difficultés d'exécution à la reprise des contrats qui ont pu être constatées sont relatives aux délais et à la productivité. Elles ont engendré des surcoûts, qui en pratique ne se distinguaient pas forcément des surcoûts liés à la suspension. La mise en place de règles sanitaires, tels que les équipements de protection individuelle ou la fréquence de nettoyage, a généré des surcoûts directs. Ceux-ci ont été assez facilement indemnisés. Est prise en compte également dans ces surcoûts directs la perte de productivité liée aux nouveaux protocoles sanitaires. La perte de rendement, l'allongement des délais, comme tous les postes s'inscrivant dans le temps, sont difficiles à chiffrer.

Concernant la répartition des surcoûts, les réponses ont été différentes d'une autorité contractante à l'autre. Quand certaines ont indemnisé assez facilement les surcoûts directs sur la base de l'article 6.2 du CCAG Travaux alors en vigueur, notamment les masques et le gel hydroalcoolique, d'autres ont adopté une approche casuistique. En matière de concessions, plusieurs enquêtés ont constaté non pas une indemnisation de l'exécution dégradée mais un allongement corrélatif de la durée d'exécution contractuelle. Toutes attentives à la justification des surcoûts, certaines autorités contractantes et entreprises ont choisi de ne pas qualifier ces surcoûts afin de pouvoir revenir dessus ultérieurement. Les ordonnances Covid sont apparues insuffisantes sur ce point : moins de 2 % des sondés y ont trouvé une solution aux surcoûts.

Les **fondements juridiques** des surcoûts sont tant contractuels que jurisprudentiels. Selon les retours, plusieurs articles du CCAG Travaux alors en vigueur pouvaient qualifier les surcoûts : l'article 50 principalement, mais également les articles relatifs aux prix nouveaux, aux prestations supplémentaires ou modificatives, ou encore les délais. Encore une fois, l'ordonnance n° 2020-319 a servi de base de discussion mais peu de fondement de qualification. En matière jurisprudentielle, la théorie de l'imprévision, dépoussiérée et remise sur le devant de la scène par la crise sanitaire, est perçue par beaucoup d'acteurs comme inadaptée.

La crise sanitaire a mis en lumière que les clauses de réexamen sont très peu répandues. Les retours vont dans le sens d'une intégration davantage systématisée de ces clauses dans les contrats.

En matière de contentieux, à la fin de l'année 2020, il n'y a que très peu de contentieux liés à la crise sanitaire. Cela s'explique de deux manières : les parties au contrat recourent quasi systématiquement au dialogue, et beaucoup d'entreprises et d'autorités contractantes attendent la fin du contrat pour les réclamations ou les pénalités. Ce dernier élément, couplé au risque en matière de responsabilité de contamination sur le lieu de travail, font craindre une vague de contentieux d'ici quelques mois ou quelques années.

B. - Les apports de l'enquête à la pratique

3 - La Chaire a formulé plusieurs recommandations et propositions à la suite de cette première étude. Ces recommandations concernent :

- la théorie de l'imprévision, avec des propositions de modification du CCP ;

- une précision des livres du CCP relatifs aux circonstances exceptionnelles issues de la loi ASAP ;

- des propositions de modifications du Code général de la propriété des personnes publiques.

Ces recommandations peuvent être de précieux outils dans le cadre de la rédaction des contrats publics qui sont actuellement en phase de rédaction chez les autorités contractantes ou de négociation/qualification du côté des entreprises.

La Chaire a également profité de la réforme des CCAG pour apporter des propositions d'évolution textuelle. Dans le cadre de la révision des CCAG, des propositions ont effectivement été retenues et intégrées dans les nouveaux CCAG de 2021.

Deux clauses inédites figurent désormais dans ces textes :

- la clause de suspension en cas de circonstances imprévisibles (CCAG T, art. 53.3) ;

- la clause de réexamen en cas de circonstances imprévisibles (CCAG T, art. 54).

MOTS-CLÉS : Contrats / Commande publique - Discussion

2334

Les liens entre règles de passation et difficultés d'exécution dans les contrats publics

Retour sur la deuxième enquête de la Chaire de droit des contrats publics

Valentin LAMY,

docteur en droit,

qualifié aux fonctions de maître de conférences,

chercheur postdoctoral à la Chaire de droit des contrats publics – université Jean Moulin Lyon 3

1 - À en croire Hauriou, préalablement à tout contrat, il existe un « faisceau de volontés parallèles »¹. Ce n'est alors que par un « concours de consentements à objets convergents » que naît une « communion d'intérêts », juridiquement incarnée par le contrat. Le rôle du droit est alors de structurer, d'organiser le passage des volontés parallèles au concours – et non pas au simple échange – des consentements, ceci afin de fonder la communion d'intérêts. C'était tout l'objet de la seconde enquête de la Chaire que de se plonger dans les règles de passation des contrats de la commande publique pour vérifier si dans ce domaine précis, le droit remplit bien cette fonction, censée favoriser la bonne exécution du contrat.

Mais pour ce faire, encore faut-il que les règles gouvernant à la formation du contrat tiennent compte de l'objectif de bonne exécution. Or, s'il est acquis que le droit contractuel général est marqué par une distinction sans doute excessive entre formation et exécution – l'on se souviendra à ce propos de l'idée défendue par le professeur Malaurie selon laquelle « l'opposition souvent faite entre la formation et l'exécution du contrat est artificielle ; l'une dépend, à l'évidence, de l'autre : mal formé, le contrat aura du mal à s'exécuter convenablement »² –, cela est d'autant plus vrai si l'on considère le droit de la commande publique, conçu davantage comme un droit de procédures de passation que comme un droit contractuel à proprement dit. Avec pour fondements axiologiques souverains la protection des deniers publics et le respect de la concurrence, le droit de la commande publique reste profondément marqué par des principes étrangers à la bonne exécution. Même le principe d'efficacité de la commande publique, mentionné à l'article L. 3 du code, peine à se déployer. Présenté comme un principe « essentiellement

managérial »³ et au contenu mystérieux, il demeure notamment encaissé dans une incertitude manifeste : parle-t-on de l'efficacité de la Commande publique à l'échelle macro-économique ou de l'efficacité des contrats de la commande publique pris individuellement ?

Il reste que la bonne tenue de l'action administrative comme le dynamisme économique commandent à la meilleure exécution des contrats de la commande publique et qu'il était primordial de dresser un panorama de la pertinence des règles de passation au regard de l'exécution.

La doctrine juridique était restée silencieuse sur ce point, contrairement à la doctrine économiste qui a déjà fait plusieurs incursions en la matière, notant, justement, le manque d'efficacité contractuelle de la commande publique⁴. La raison de ce silence des juristes peut sans doute se trouver, outre l'absence de règles dédiées à la mise en œuvre de l'efficacité de la commande publique, dans l'inadaptation des méthodes traditionnelles de la recherche juridique pour interroger, empiriquement, la pratique contractuelle. Dès lors, les méthodes d'enquêtes qualitative et quantitative de la sociologie juridique mobilisées par la Chaire⁵ apparaissaient les plus à même de sonder les fonds marins. À la suite de 21 entretiens avec des professionnels de la commande publique et de deux sondages en ligne auxquels ont participé 151 juristes spécialisés sur ces questions, un certain nombre de constats ont pu être dressés, d'où ont été tirées des recommandations, dont nous livrons ici les éléments les plus marquants, mais qui ont fait l'objet d'un rapport complet de 134 pages publié sur le site internet de la Chaire⁶.

1. M. Hauriou, *L'imprévision et les contrats dominés par les institutions sociales*, rééd. in M. Hauriou, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté : Centre de philosophie politique et juridique*, Caen, 1986, p. 131.

2. Ph. Malaurie, *Conclusion*, in *Le contrat : questions d'actualité : LPA 2000*, n° 90, p. 74.

3. F. Linditch, *Les principes fondamentaux de la commande publique : CDE 2007, dossier 30*, n° 5.

4. J. Tirole et S. Saussier, *Renforcer l'efficacité de la commande publique : Les notes du Conseil d'analyse économique*, avr. 2015, n° 22.

5. V. pour un résumé des méthodes mobilisées par la Chaire : F. Lichère, F. Akoka, V. Lamy et A. Meynier Pozzi, *Crise sanitaire et contrats publics. Une approche de sociologie juridique : AJDA 2021*, p. 1425, n° 25.

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

1. Les constats

2 - D'avis partagés, le principe même de la mise en concurrence, tout comme l'absence de mise en concurrence, sont en soi indifférents à la bonne ou la mauvaise exécution du contrat. Ainsi que cela a été soulevé à plusieurs reprises lors de l'enquête qualitative, le principe de mise en concurrence est étranger à l'exécution du contrat. Il a été pensé et façonné à d'autres fins : protection des deniers publics, respect de la concurrence sur le marché intérieur de l'Union, lutte contre la corruption. Cette déconnexion *a priori* entre mise en concurrence et difficultés d'exécution est par ailleurs corroborée par l'enquête quantitative puisque une large majorité de participants (83 %) estime que la mise en concurrence est en elle-même indifférente à la bonne exécution du contrat. En réalité et comme bien souvent, c'est dans les détails que se débusque le diable, donc, en ce qui nous concerne, dans les règles particulières de passation. On peut alors, schématiquement et selon une échelle de degrés, distinguer les règles qui, par nature, font peser un fort risque d'apparition de difficultés d'exécution, d'autres dont c'est essentiellement la mauvaise application qui génère de telles difficultés.

Appel d'offres. – En ce qui concerne les règles qui, par nature, présentent un risque substantiel de faire apparaître des difficultés d'exécution, celles-ci sont, fort logiquement et heureusement, les moins nombreuses. Mais il en est une dont l'étendue de l'application est considérable, c'est le principe de l'appel d'offres. Si le recours à la négociation a été favorisé par les directives de 2014⁷, il reste que les pouvoirs adjudicateurs doivent, sauf exceptions, utiliser la procédure de l'appel d'offres pour passer leurs marchés dont le montant excède les seuils de procédure formalisée. Or, il est constant que l'appel d'offres confère tout son sens à l'idée – décriée⁸ – selon laquelle les contrats de la commande publique seraient des contrats d'adhésion dont le contenu n'est pas discuté, laissant ainsi les entreprises, qui disposent pourtant des compétences techniques appropriées, en dehors de la détermination dudit contenu. Il n'a donc pas été étonnant de constater que seuls 8 % des personnes interrogées considèrent l'appel d'offres comme la procédure la mieux à même d'éviter les difficultés d'exécution. À l'évidence, l'appel d'offres peut se trouver tout à fait approprié, notamment en ce qui concerne l'achat de fournitures standardisées pour lequel il assure une saine et efficace concurrence. Néanmoins, son efficacité s'atténue au fur et à mesure que la complexité de l'objet contractuel s'accroît, si bien que, par exemple, l'appel d'offres devient tout à fait inapproprié en ce qui concerne les marchés de travaux.

Exclusions à l'appréciation de l'acheteur. – Le second corpus de règles qu'il est possible de mentionner ici concerne les possibilités d'exclusion d'opérateurs économiques au stade de la candidature à l'appréciation de l'acheteur. Il est nettement ressorti des entretiens conduits que ces règles n'étaient pas suffisamment claires pour permettre, en toute sécurité juridique, l'exclusion d'un candidat dont les mauvaises performances passées dans l'exécution d'un contrat de la commande publique sont établies. Ce constat est, d'ailleurs, partagé par près de 78 % des personnes ayant répondu au sondage en ligne.

La deuxième catégorie identifiée porte sur les règles qui, en elles-mêmes ne sont pas vectrices de difficultés d'exécution, mais dont la mauvaise application, parfois fréquente, engendre de telles difficultés. Ici, de très nombreuses règles ont été évoquées par les personnes interrogées comme de potentielles sources de difficultés d'exécution et nous ne retiendrons que les principales.

Définition du besoin. – La définition du besoin est mentionnée par 80 % des sondés et largement évoquée lors des interviews comme une source, sinon la source primordiale des difficultés d'exécution. Ici, la règle en tant que telle ne pose pas de difficulté particulière, l'article L. 2111-1 du Code de la commande publique disposant que la nature et l'étendue des besoins doivent être déterminées « avec précision » en amont du lancement de la consultation. Or, il apparaît qu'en pratique, cette étape cruciale soit parfois négligée ou à tout le moins insuffisamment diligentée. Les causes en sont multiples : mauvaise connaissance du marché par l'acheteur public, délais de conclusion du contrat contraints pour des motifs de nature politique, mauvaise communication entre le service achat et le service prescripteur... Il reste qu'une mauvaise définition du besoin constitue une sorte de péché originel qui contamine non seulement la conduite de la procédure de passation, en laissant les entreprises dans une incertitude quant aux prestations attendues, mais encore l'exécution.

Le périmètre de la négociation. – Lorsque l'acheteur a recours à la procédure négociée, il peut, théoriquement, tout négocier à l'exception, selon l'article R. 2161-17 du Code de la commande publique, des critères d'attribution et des exigences minimales qu'il a initialement fixées, ceci afin de ne pas remettre en cause les conditions initiales de la mise en concurrence. Or, il ressort des enquêtes qu'en pratique, ce sont souvent exclusivement le prix et les délais d'exécution qui sont négociés, laissant en dehors de la discussion des éléments pourtant essentiels à une bonne exécution du contrat, à l'image des clauses administratives particulières ou des aspects techniques. Plusieurs phénomènes semblent se conjuguer pour aboutir à une telle pratique. D'abord, un frein « *psycho-juridique* » est décelable chez certains acheteurs publics, qui affirment ne pas vouloir risquer de fausser les conditions initiales de la mise en concurrence en allant trop loin dans la négociation. Ensuite, là encore, une temporalité de la procédure trop contrainte, qui ne permet pas d'établir une discussion profonde. Enfin, un sentiment de crainte chez certains acheteurs de « *se faire avoir* » par des entreprises placées en situation d'asymétrie informationnelle favorable. Il demeure que les potentialités de la négociation au regard de l'impératif de bonne exécution demeurent largement sous-exploitées.

Le choix et la pondération des critères de sélection. – Pour 65 % des personnes interrogées, le choix et la pondération des critères de sélection constituent une source notable de difficultés d'exécution. En particulier, les enquêtes ont démontré une tendance nette à une pondération excessive du critère prix, qui aboutit à trop tirer les prix vers le bas au détriment de la qualité des prestations et, par voie de conséquence, au risque d'engendrer des difficultés d'exécution. Là encore, les explications peuvent être multiples mais semblent se polariser autour de deux éléments : d'une part une culture du « *moins disant* » profondément enracinée dans les services de la commande publique des collectivités territoriales, d'autre part un contexte financier dégradé.

L'allotissement. – Très largement mentionnée au cours des entretiens qualitatifs comme un vivier de difficultés d'exécution, l'enquête quantitative a été plus mesurée sur la question, les réponses étant partagées. Pourtant, il semble bien que l'allotissement technique soit une source assez évidente de difficultés d'exécution, notamment du fait de la multiplication des interfaces et du fractionnement dans le temps de l'exécution des lots, étant entendu qu'un retard dans l'exécution d'un lot contamine nécessairement celle des suivants. La mesure observée au stade du sondage en ligne peut toutefois s'expliquer par la possibilité d'atténuer le risque de survenance de telles difficultés par une division pertinente des lots et un pilotage et une coordination de l'exécution conduite convenablement.

Bien d'autres règles ont été passées au crible de la pratique. Nous avons ici mentionné les principales, celles ayant donné lieu aux principales recommandations.

7. F. Olivier et C. Liet-Veaux, *La négociation dans la commande publique : Quelle place ? Quel enjeu ?* : Contrats-Marchés publ. 2016, étude 5, n° 7.

8. Ph. Terneyre et T. Laloum, *Droit des contrats administratifs : renversons quelques tables pour la reprise économique !* : Contrats-Marchés publ. 2021, étude 5, n° 7.

2. Les recommandations

3 - Avant tout, il y a la mère des recommandations : il faut davantage professionnaliser l'achat public. Le droit de la commande publique est aujourd'hui d'une rare complexité, même si le Code de la commande publique a apporté une simplification formelle bienvenue par la présentation chronologique des différentes étapes de la procédure de passation. Cela étant, le métier d'acheteur public demeure un métier, au sens noble et fort du terme et que les agents publics n'y sont pas toujours suffisamment formés. Mais passé ce vœu pieux, il est possible de travailler sur les textes ou de recommander des bonnes pratiques pour rendre la passation des contrats de la commande publique davantage en phase avec l'objectif de bonne exécution. Voici donc les principales pistes de recommandation proposées par la Chaire, dont le détail est également consultable dans le rapport définitif.

Déployer la négociation. – Deux pistes pourraient être explorées pour permettre à la négociation de véritablement se développer dans les contrats de la commande publique. D'abord, et il s'agit sans doute de la recommandation la plus ambitieuse puisqu'elle suppose de réformer la directive 2014/24, le recours à la négociation (procédure négociée ou dialogue compétitif) pourrait être ouvert, s'agissant des procédures formalisées lancées par les pouvoirs adjudicateurs, sans condition, à l'image du régime actuellement applicable aux entités adjudicatrices. D'autre part, et afin d'inciter les acheteurs publics à réellement négocier, la partie réglementaire du Code de la commande publique pourrait préciser que, sauf indication contraire de l'acheteur dans l'avis de marché, sont négociés : le prix, les délais d'exécution, les clauses administratives particulières, les aspects techniques et les garanties de bonne exécution du marché. Bref, l'ensemble des stipulations du contrat à l'exclusion des exigences minimales.

Accentuer la discussion dans l'appel d'offres. – L'appel d'offres, s'il proscriit la négociation, n'exclut pas toutes les formes de discussion ou d'échanges entre l'acheteur et les opérateurs économiques. Que l'on songe aux demandes de précisions que peuvent formuler les entreprises ou à la pratique des auditions ou des questions-réponses, l'on en sera convaincu. Ce sont précisément ces pratiques, qui permettent aux entreprises de se mettre davantage au diapason des exigences des acheteurs, qui apparaissent pertinentes pour atténuer la rigidité intrinsèque à l'appel d'offres. Dès lors, afin d'apporter aux acheteurs publics une certaine sécurité juridique, l'article R. 2161-5 du code, qui dispose : « *l'acheteur ne peut négocier avec les soumissionnaires. Il lui est seulement possible de leur demander de préciser la teneur de leur offre* » pourrait être enrichi de la disposition suivante : « *il peut, à cet effet, procéder à leur audition* ».

Du reste, une autre piste pourrait opportunément être explorée s'agissant de la mise au point du marché. On le sait, l'article R. 2152-

13 du code offre la possibilité à l'acheteur et au soumissionnaire ayant remporté la procédure de procéder à la mise au point du marché. Cette étape, essentielle pour les contrats complexes pourrait être rendue obligatoire sauf pour les marchés dont l'objet est l'achat de fournitures ou services standardisés. Le code pourrait ainsi imposer aux acheteurs de fixer un délai de mise au point compte tenu de la complexité de l'objet contractuel, ce qui éviterait des commencements d'exécution hâtifs et bien souvent néfastes.

Sécuriser le sourcing. – La pratique du *sourcing* apparaît comme vertueuse en tant qu'elle permet aux acheteurs publics d'avoir une connaissance plus fine d'un marché donné et, partant, d'optimiser la définition de son besoin. Cependant, les dispositions actuelles du Code de la commande publique sont particulièrement imprécises, ce qui n'est pas véritablement incitatif pour les acheteurs, qui craignent toujours de porter atteinte à la concurrence voire de tomber sous le coup d'un manquement au devoir de probité. Certes, la direction des achats de l'État a récemment publié un guide pratique du *sourcing* opérationnel⁹, mais il serait sans doute pertinent de préciser dans le marbre du code les éléments essentiels d'une procédure de *sourcing* sécurisée, ceci afin d'inviter les acheteurs à se livrer à une telle pratique.

Réduire le poids des critères financiers. – Afin de contrer la culture du moins-disant, qui peut aboutir, non seulement à des difficultés d'exécution, mais encore à la livraison de prestations de piètre qualité qui, à moyen ou long terme, pourront être source de coûts pour les collectivités, il apparaît nécessaire de réduire le poids des critères financiers dans la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse. Il pourrait alors être pertinent d'imposer aux acheteurs, lorsqu'ils recourent à une pluralité de critères, une fourchette de pondération du critère prix entre 10 % et 50 %, tout en ménageant la possibilité de déroger à cette règle pour des motifs explicites dans l'avis de marché.

En définitive, les chantiers sont nombreux pour faire du droit de la commande publique non seulement un droit de la passation guidé par les exigences de bonne utilisation des deniers publics et de respect de la concurrence, mais encore un droit contractuel complet à même de permettre à des faisceaux d'intérêts divergents de confluer. Si l'on considère le poids économique de la commande publique, son importance cruciale pour la conduite des politiques publiques et son statut d'instrument de relance économique, plus que nombreux, ces chantiers apparaissent comme urgents. ■

MOTS-CLÉS : Contrats / Commande publique - Discussion

9. www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dae/doc/Guide_sourcing.pdf.

2335 La place de la discussion dans les nouveaux CCAG

Guillaume DELALOY,

chef du bureau de la réglementation générale de la commande publique, DAJ des ministères économiques et financiers

I - Comme vous le savez, les nouveaux CCAG sont entrés en vigueur au 1^{er} avril 2021 et la période transitoire pendant laquelle les CCAG 2009 sont applicables par défaut s'achève à la fin du mois. Le colloque organisé par la Chaire de droit des contrats publics de l'université Jean Moulin sur la discussion dans les contrats publics est donc l'occasion parfaite pour aborder la place de la discussion dans ces nouveaux CCAG. Je remercie chaleureusement le professeur François Lichère de m'avoir invité à cette journée pour apporter mon (grand) témoignage et de créer ainsi des ponts entre ceux qui sont chargés d'élaborer la norme, ceux qui devront la mettre en œuvre et ceux seront appelés à contrôler son application.

Initialement, le chantier de révision des CCAG était motivé par la volonté de mettre ces documents contractuels, très utilisés par les acheteurs, à jour des dernières évolutions législatives et réglementaires issues du Code de la commande publique entré en vigueur le 1^{er} avril 2019.

Toutefois, il est apparu assez rapidement que, au-delà de la nécessaire prise en compte des évolutions textuelles, voire jurisprudentielles, la révision des CCAG était aussi l'occasion d'engager une réflexion de fond sur leur adaptation aux nouveaux besoins des acheteurs, et sur leur rôle comme outils de politiques publiques. S'il est vrai que la version 2021 ne s'inscrit pas dans une « *logique de rupture* » par rapport à la précédente, pour reprendre les termes du professeur Eckert, elle s'en distingue cependant par « *l'accent mis sur les ambitions politiques qu'elle porte* »¹. En effet, aujourd'hui la commande publique en général est confrontée à des enjeux qui dépassent largement le cadre du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse à un instant T. De plus en plus, est-elle sollicitée pour soutenir l'activité économique des entreprises, notamment des PME (européennes, françaises voire locales de préférence), pour favoriser l'insertion professionnelle ou poursuivre des objectifs de développement durable. Or, les CCAG ne pouvaient rester en dehors de ces évolutions, qui ont donc été au cœur de notre réflexion.

C'est dans cette perspective que la ministre déléguée à l'Industrie, Agnès Pannier-Runacher, a défini la feuille de route des groupes de travail constitués en vue de la préparation de la réforme, feuille de route dans laquelle elle a notamment mis l'accent sur la recherche d'un meilleur équilibre des rapports contractuels, en particulier en

offrant aux parties davantage d'occasions de dialoguer au cours de l'exécution du contrat.

Mais avant de parler de la place de la discussion dans les nouveaux CCAG, qu'il me soit permis d'évoquer la discussion dans l'élaboration de ces documents. En effet, ces travaux se sont inscrits dans une démarche résolument collaborative avec l'ensemble des acteurs de la commande publique et la richesse des échanges avec les membres des groupes de travail a permis, je pense, de parvenir à un résultat plutôt équilibré si ce n'est consensuel.

L'un des problèmes cruciaux rencontrés dans l'achat public est le manque de dialogue entre les acheteurs et les opérateurs économiques.

La place très réduite laissée à la discussion dans l'exécution des marchés publics résulte de notre conception traditionnelle du contrat administratif. Comme l'a brillamment exposé le professeur Gaudemet, « *le contrat administratif n'est pas né contrat mais comme une sorte de dérivé, de bifurcation de l'acte unilatéral, une procédure menée par l'administration et qui appelle, le moment venu, l'adhésion d'un entrepreneur, d'un fournisseur, d'un prestataire, lui-même conçu comme une sorte de collaborateur adhérant au marché de l'administration* »².

Cela a laissé des traces non seulement dans la procédure de passation, comprise comme une procédure administrative qui ne laisse que peu de place à la négociation et au dialogue, mais aussi en cours d'exécution du contrat, caractérisé par l'existence de clauses exorbitantes du droit commun qui enserrant le « *titulaire* » dans son rôle d'exécutant des ordres de service émis par l'Administration (le vocable de « *titulaire* » est à cet égard particulièrement révélateur : on est titulaire d'un marché comme on est titulaire d'une autorisation).

Si aujourd'hui, on ne peut plus « *étouffer l'âme contractuelle du contrat administratif* », comme disait Roland Drago³, les CCAG sont toujours marqués par une sorte d'unilatéralisme.

Pour autant, cet unilatéralisme n'interdit pas par principe de faire une place à la discussion entre les parties. Partant du constat que la bonne exécution du contrat repose sur la confiance mutuelle que s'accordent les parties et que bien des difficultés d'exécution, qu'elles soient spécifiques au contrat en cause ou qu'elles résultent du contexte général lié à la crise sanitaire et économique ou à la flambée

1. G. Eckert, *Les nouveaux CCAG : perspectives générales* : Contrats-Marchés publ. 2021.

2. Yves Gaudemet, *intervention introductive au Colloque de Nanterre de sept. 2009 sur le thème général? : Pour une théorie générale du droit des contrats administratifs*.

3. R. Drago, *Le contrat administratif aujourd'hui* : Droits 1990, n° 12, p. 117.

des prix des matières premières, pourraient être sinon réglées au moins estompées avec un minimum de dialogue.

Même si les CCAG de 2009 contenaient déjà des stipulations organisant des échanges entre les parties, un des objectifs de la réforme de 2021 a ainsi été de les renforcer pour faciliter le dialogue et apaiser les relations contractuelles.

Sans remettre en cause le déséquilibre inhérent aux contrats administratifs, marqué par les prérogatives de l'acheteur, lesquels sont indispensables au bon fonctionnement du service public dont l'Administration a la charge, il s'est agi de revoir les modalités d'exercice de ces prérogatives afin d'éviter au maximum les situations de blocage.

Le mot « *discussion* » n'apparaît pas expressément dans les CCAG. Pour autant, ils offrent les occasions et favorisent les conditions d'initier cette discussion, que ce soit à l'initiative de l'acheteur ou de l'opérateur économique. Plusieurs stipulations des CCAG sont concernées. On peut les regrouper autour de trois axes principaux :

- le développement du contradictoire dans le processus de décision de l'acheteur ;
- l'exigence de dialogue en cas de difficultés nées de circonstances imprévisibles ;
- le règlement des différends.

1. Le développement du contradictoire dans le processus de décision de l'acheteur

2 - Les échanges contradictoires préalables à la prise de décision de l'Administration dans l'exécution du contrat n'étaient pas inconnus des CCAG 2009. On les trouvait dans les clauses relatives aux constatations et constats contradictoires, celles permettant au titulaire de présenter ses observations sur les ordres de service et les bons de commande, lorsque l'acheteur envisageait de prendre des décisions de réfaction ou de rejet des prestations ou encore en cas de mise en demeure avant résiliation pour faute.

Afin de renforcer le dialogue entre les parties, les nouveaux CCAG prévoient désormais la mise en œuvre d'une procédure contradictoire par l'acheteur lorsque ce dernier envisage d'appliquer des pénalités de retard⁴.

Cette disposition enlève tout caractère d'automatisme à la sanction et introduit une possibilité de règlement amiable entre les parties. Cela ne remet nullement en cause le pouvoir de sanction de l'Administration, qui demeure libre de sa décision finale, mais permet à l'entreprise de s'expliquer sur les causes du retard et à l'Administration d'user de la faculté qui lui est depuis longtemps reconnue par la jurisprudence de renoncer à appliquer les pénalités pour faciliter la poursuite de l'exécution du marché dans des conditions favorables.

On signalera aussi que la procédure contradictoire est également introduite dans les stipulations relatives aux pénalités pour manquement à certaines nouvelles obligations contractuelles, comme les obligations environnementales ou encore relatives à la clause d'insertion sociale, même si, sur ces questions, les CCAG renvoient aux documents particuliers du marché le soin de fixer le montant de ces pénalités.

2. L'exigence de dialogue en cas de difficultés nées de circonstances imprévisibles

3 - Ce dialogue est nécessaire, non seulement lorsqu'une sanction est envisagée, mais aussi, et peut-être surtout, pour appréhender les conséquences de certains événements extérieurs sur la vie du contrat.

Il s'agit là d'une nouveauté des CCAG 2021, qui n'était d'ailleurs pas envisagée au départ, mais qui est directement issue de la crise sanitaire et de ses effets sur les contrats en cours. En effet, comme l'a montré le premier rapport de la Chaire sur la crise sanitaire et les contrats publics, cette crise a mis en exergue les limites des solutions offertes par les textes et les théories traditionnelles issues de la jurisprudence pour faire face à un tel événement.

Il est donc apparu urgent de profiter des travaux en cours sur les CCAG pour introduire dans ces documents une clause générale permettant aux parties d'anticiper contractuellement la survenance de telles circonstances. Au final, ce sont 2 clauses qui ont été introduites en concertation avec l'ensemble des parties prenantes et qui, comme l'a rappelé Fanette Akoka, doivent beaucoup aux travaux de la Chaire.

Il s'agit en premier lieu de la clause relative à la suspension des prestations en cas de circonstances imprévisibles, rédigée en termes identiques dans tous les CCAG avec quelques nuances dans le CCAG Travaux.

Dans cette clause, deux étapes sont clairement identifiées. D'une part, une phase de constatation dont les modalités sont convenues entre les parties :

POUR ALLER PLUS LOIN

CCAG FCS

Article 24 : *Suspension des prestations en cas de circonstances imprévisibles*

24.1. Lorsque la poursuite de l'exécution du marché est rendue temporairement impossible du fait d'une circonstance que des parties diligentes ne pouvaient prévoir dans sa nature ou dans son ampleur ou du fait de l'édition par une autorité publique de mesures venant restreindre, interdire, ou modifier de manière importante l'exercice de certaines activités en raison d'une telle circonstance, la suspension de tout ou partie des prestations est prononcée par l'acheteur. Lorsque la suspension est demandée par le titulaire, l'acheteur se prononce sur le bien-fondé de cette demande dans les meilleurs délais.

24.2. Dans un délai adapté aux circonstances et qui ne saurait excéder quinze jours à compter de la décision de suspension des prestations, les parties conviennent des modalités de constatation des prestations exécutées et, le cas échéant, du maintien d'une partie des obligations contractuelles restant à la charge du titulaire pendant la suspension.

D'autre part, une phase de reprise au cours de laquelle les parties conviennent d'un calendrier de reprise d'exécution, des modalités de la reprise ainsi que des modifications à apporter au marché et de la répartition des surcoûts directement induits de la suspension.

POUR ALLER PLUS LOIN

Dans un délai raisonnable, les parties conviennent également des modalités de reprise de l'exécution et, le cas échéant, des modifications à apporter au marché et des modalités de répartition des surcoûts directement induits par ces événements.

A défaut d'accord entre les parties, le titulaire est tenu, à l'issue de la suspension, de reprendre l'exécution des prestations dans les conditions prévues par le marché et le désaccord est réglé dans les conditions mentionnées à l'article 46.

En second lieu, les CCAG contiennent désormais une clause de réexamen, qui peut se combiner avec la précédente, mais qui a égale-

4. Art. 14.1.1 CCAG-PI. – Art. 14.1.1 CCAG-TIC. – Art. 19.2.4 CCAG-Travaux. – Art. 16.2.4 CCAG-MOE. – Art. 14.1.1 CCAG-FCS. – Art. 15.1.1 CCAG-MI.

ment vocation à jouer en l'absence de suspension des prestations en cas de dégradation significative des conditions d'exécution :

POUR ALLER PLUS LOIN

CCAG FCS

Article 25 : *Clause de réexamen*

En cas de circonstance que des parties diligentes ne pouvaient prévoir dans sa nature ou dans son ampleur et modifiant de manière significative les conditions d'exécution du marché, les parties examinent de bonne foi les conséquences, notamment financières, de cette circonstance.

Les parties sont donc renvoyées à un dialogue portant sur toutes les conséquences à tirer, notamment celles d'ordre financier, des circonstances imprévisibles.

Enfin, la formalisation de l'application de cette clause de réexamen donne lieu à un avenant, ce qui implique l'accord des deux parties, et non à une simple modification unilatérale du contrat.

REMARQUE

Le cas échéant, les parties conviennent, par avenant, des modalités de prise en charge, totale ou partielle, des surcoûts directement induits par cette circonstance sur la base de justificatifs fournis par le titulaire.

Non seulement les CCAG prévoient ainsi une obligation de dialogue, mais ils précisent aussi que ce dialogue doit être conduit « **de bonne foi** ». Cette mention mérite qu'on s'y attarde tant elle se fait rare en droit des contrats publics alors qu'elle constitue un principe général applicable aux contrats privés, consacré à l'article 1104 du Code civil : « *les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi* ».

Comme l'a rappelé récemment Marc Pichon de Vendeuil dans ses conclusions sur la décision SOMUPI du 29 juin 2021 (CE, 29 juin 2021, 442506 : Lebon ; JCP A 2021, act. 430), contrairement à la loyauté des relations contractuelles avec laquelle elle ne se confond pas, la bonne foi n'a toujours pas été expressément consacrée par le juge comme une exigence dans l'exécution des contrats publics, même si on en trouve « *quelques illustrations discrètes et encadrées* »⁵ dans la jurisprudence.

L'inapplicabilité de la bonne foi en matière de contrats administratifs a même été justifiée en 2015 par Gilles Pellissier, dans ses conclusions sur la décision Syndicat mixte de Pierrefonds, dans les termes suivants : « *L'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi permet au juge civil de sanctionner l'exercice abusif de prérogatives contractuelles et de garantir ainsi l'égalité de principe entre les parties. Or, le contrat administratif ne repose pas sur ce postulat d'égalité, bien au contraire et vous n'avez jusqu'à présent pas eu besoin de cette notion pour condamner la personne publique à réparer les conséquences dommageables d'un abus de ses prérogatives. L'appréciation du caractère justifié de la décision suffit à fonder le droit à réparation du préjudice qu'elle entraîne* »⁶.

Sans aller jusqu'à renverser des tables, pour reprendre le titre d'un article récent de Philippe Terneyre et Thierry Laloum qui soulignaient que c'est précisément au titre de l'inégalité structurelle entre les parties qui existe dans les contrats administratifs que l'obligation d'une mise en œuvre de bonne foi de ses prérogatives par l'Adminis-

tration apparaît comme nécessaire⁷, les CCAG invitent néanmoins les parties à collaborer sincèrement pour surmonter les difficultés.

Bien sûr cette collaboration et l'éventuel avenant qui en résulte ne peuvent jouer que dans les limites du droit des marchés publics et notamment des règles encadrant les modifications des contrats en cours. Il faut en effet préciser que cette clause ne satisfait pas en elle-même aux conditions fixées par les directives transposées à l'article R. 2194-1 du Code de la commande publique qui permet de modifier le marché sans limite de montant lorsque les modifications sont prévues dès le départ de façon claire, précise et non équivoque.

De même, et même si elle s'en rapproche, cette clause de réexamen ne saurait être assimilée à l'imprévision telle qu'elle est définie à l'article 1195 du Code civil qui prévoit l'obligation pour les parties de renégocier les conditions du contrat en cas de « *changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat* » et qui se heurte au régime des marchés publics, notamment à l'interdiction de remise en cause des conditions de la mise en concurrence initiale ou encore l'intangibilité des clauses relatives aux prix.

3. Le règlement des différends

4 - Enfin, et je serai plus bref sur cette partie, la place de la discussion dans les CCAG est également renforcée au stade du règlement des différends.

Tout d'abord, la notion de mémoire en réclamation est mise en cohérence avec la jurisprudence existante afin de clarifier l'objet même du différend et, partant de sécuriser le résultat des échanges amiables.

Ensuite, la définition même de la notion de différend est intégrée dans les CCAG autres que Travaux et MOE afin de préciser le point de départ du délai de réclamation préalable, là encore dans un souci de sécurisation.

Ainsi, conformément à deux décisions récentes du Conseil d'État, un différend résulte d'une prise de position écrite, explicite et non équivoque de l'acheteur public, qui fait apparaître le désaccord⁸ ou du silence gardé par l'acheteur à la suite d'une mise en demeure adressée par le titulaire du marché l'invitant à prendre position sur le désaccord dans un certain délai⁹. Cela implique donc qu'il y ait eu, sinon échanges préalables entre les parties, au moins tentative de dialogue.

Enfin, s'agissant plus précisément des modes de règlement amiable des différends, les CCAG tentent de promouvoir le recours à la conciliation ou à la médiation en clarifiant leur articulation avec les recours juridictionnels.

POUR ALLER PLUS LOIN

Article 46 CCAG FCS

Lorsque l'acheteur et le titulaire ne parviennent pas à régler le différend à l'issue de la procédure décrite aux 1 à 3 du présent article ils privilégient le recours à un comité consultatif de règlement à l'amiable, à la conciliation, à la médiation, notamment auprès du médiateur des entreprises, ou à l'arbitrage, dans les hypothèses et les conditions prévues par le code de la commande publique.

Surtout, pour donner sa chance au règlement amiable, les CCAG clarifient l'articulation entre recours amiables et recours juridictionnels :

5. M. Pichon de Vendeuil, concl. sur CE, 29 juin 2021, n° 442506, Sté des mobiliers urbains pour la publicité et l'information ; JCP A 2021, act. 430.
6. G. Pellissier, concl. sur CE, 7 déc. 2015, n° 382363, Synd. mixte de Pierrefonds.

7. Ph. Terneyre et Th. Laloum, Droit des contrats administratifs : renversons quelques tables pour la reprise économique ! : Contrats-Marchés publ. 2021, étude 5.
8. CE, 22 nov. 2019, n° 417752, Éts Paris La Défense ; JCP A 2019, act. 766 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 44.
9. CE, 27 nov. 2019, n° 422600, Sté SMA Propreté ; JCP A 2019, act. 766 ; JCP A 2020, 2030, pt 9 ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 44.

REMARQUE

La saisine d'un comité consultatif de règlement amiable des différends **interrompt les délais de recours contentieux** jusqu'à la notification de la décision prise par l'acheteur sur l'avis du comité.

La saisine d'un conciliateur ou d'un médiateur **interrompt les délais de recours contentieux** jusqu'à la notification de la décision prise après conciliation ou médiation ou de la constatation par le conciliateur ou le médiateur de l'échec de sa mission.

En effet, si le Code de la commande publique dispose que le recours aux CCRA et au médiateur des entreprises interrompt les délais de recours contentieux (*CCP, art. R. 2197-16 et R. 2197-24*), ce ne

sont pas les seuls modes de conciliation ou de médiation. Il y avait donc une incertitude en cas de recours à ces autres modes de règlement amiable, ce qui incitait les entreprises à saisir le juge au plus tôt pour préserver leurs droits, ce qui ne favorise pas la discussion amiable.

Voilà donc un rapide panorama de la place de la discussion dans les CCAG. J'espère que ces évolutions bénéficieront aux entreprises dans un contexte économique difficile. Mais elles devraient également être profitables aux acheteurs, dans la mesure où la réduction des risques pesant sur les titulaires et les conditions d'un dialogue apaisé entre les parties contribuent à la bonne exécution du marché et donc, à l'efficacité de la commande publique. ■

MOTS-CLÉS : *Contrats / Commande publique - Discussion*

2336 Le champ d'application de la discussion dans les contrats publics (1) ¹

Marion UBAUD-BERGERON,
professeure à l'Université de Montpellier,
directrice du CREAM

1 - Dès lors que se pose la question du champ d'application de la discussion dans les contrats publics, surgit immédiatement celle de sa définition : pour savoir jusqu'où va la discussion, encore faut-il s'entendre sur ce que l'on entend derrière ce terme. Or, cette question est assez complexe à appréhender pour deux raisons. La première tient au fait que la notion de discussion n'est pas réellement un concept du droit positif. Naturellement, la loi n'ignore pas les notions de discussions ou ses concepts voisins ou similaires. Hors du champ de la commande publique, les exemples sont nombreux : le Code civil consacre ainsi une sous-section à la négociation précontractuelle (*C. civ., art. 1112 et s.*), en posant des limites et des obligations à celle-ci, tandis que le juge judiciaire a lui-même bâti une jurisprudence nourrie notamment en cas de rupture abusive des pourparlers. Le Code du commerce consacre lui aussi une section à la négociation dans les relations commerciales (*C. com., art. L. 441-3 et s.*). Il en va de même dans le champ du droit de la commande publique, où le Code de la commande publique consacre différentes dispositions relatives à la négociation, ainsi qu'au dialogue compétitif. Reste que si les textes et la jurisprudence ont donc recours fréquemment au champ lexical de la discussion, chacune de ces notions n'est jamais définie en tant que telle par la loi ou le juge : en réalité, le législateur mobilise la notion de discussion ou négociation uniquement pour fixer des limites à la liberté contractuelle en droit public ou en droit privé (tantôt pour assurer le respect des obligations de mesures de mise en concurrence, tantôt dans une logique d'ordre public de protection individuelle pour protéger une partie faible), mais, jamais, la notion n'est érigée en notion autonome : dit autrement, la discussion et la négociation sont avant tout des notions fonctionnelles en droit positif.

La deuxième difficulté qui surgit pour définir la notion de discussion est d'ordre terminologique puisque celle-ci est concurrencée par des termes voisins dont on peut se demander s'ils sont strictement synonymes (négociation, pourparlers, dialogue...) et qu'il conviendrait de définir pour mieux s'entendre sur le champ respectif de chacun. Pour réfléchir sur le champ de la discussion dans les contrats publics, il nous a donc fallu partir nécessairement d'une tentative de définition : notre intuition est que si la négociation est une forme ou une sous-espèce de discussion, les deux poursuivent des finalités distinctes. La *négociation* dans les contrats publics renvoie à une hypo-

thèse où les parties (réelles ou potentielles à un contrat) vont engager un échange, une discussion, dont la finalité est de fixer les droits et obligations des parties : autrement dit, la négociation a une *fonction de détermination du contenu obligationnel du contrat*. La *discussion* dans les contrats publics a une finalité différente puisqu'elle va permettre aux parties d'engager un échange leur permettant d'assurer l'exécution matérielle des obligations ou d'anticiper et régler la survenue de difficultés d'exécution : la discussion va ainsi avoir une *fonction de concrétisation* du contrat, et une *fonction éventuelle d'interprétation* de celui-ci. En revanche, il nous semble que la discussion ne conduit pas à la modification du contenu obligationnel de celui-ci et c'est en cela qu'elle pourrait être différenciée de la négociation.

Au-delà d'une différenciation conceptuelle, la question peut évidemment se poser de savoir dans quelle mesure il y a un enjeu pratique réel à les distinguer et à déterminer leur champ d'application respectif : toutefois, dès lors que le droit positif a forgé certaines règles spécifiques à la négociation *stricto sensu*, il importe de savoir jusqu'où va celle-ci, l'idée n'étant pas ici de proposer une réponse définitive, mais plutôt de montrer les différentes difficultés que soulève cette question de champ d'application de la discussion. Elles sont de trois ordres.

1. Un problème, avant tout, de champ d'application temporel

2 - La discussion est généralement perçue comme une phase préalable à la conclusion du contrat, et c'est en principe en ce sens que le droit positif l'entend, notamment le Code de la commande publique : si elle y est alors désignée sous le terme de « *négociation* », ce terme ne semble pas exclusif dès lors que le code, comme les directives européennes, a également forgé une procédure de « *dialogue* » compétitif. Pourtant, elle n'est pas forcément figée à la seule phase précontractuelle, dès lors que la discussion peut sans doute aussi avoir lieu pendant l'exécution du contrat, voire une fois celle-ci achevée.

Pendant l'exécution du contrat, les échanges entre parties qui peuvent avoir lieu font sans doute partie du champ de la discussion dans les contrats publics : dans ce cas, celle-ci paraît poursuivre la finalité évoquée de concrétisation du contrat. Mais cette délimitation n'est pourtant pas aussi nette : en cas de difficultés d'exécution et de

1. La forme orale du propos a été conservée dans ce texte.

nécessité de modifier le contrat, cette discussion va en réalité se muer en négociation telle qu'elle est entendue en phase précontractuelle puisqu'elle a pour but d'adapter le contrat par un avenant. Or, le fait d'assimiler ces discussions en cours d'exécution à des hypothèses de négociation peut soulever des difficultés. Un exemple pour s'en convaincre. On sait que le juge administratif a précisé le cadre d'un régime de responsabilité extracontractuelle de la puissance publique en cas de rupture des négociations précontractuelles sous certaines conditions². Or, si l'on admet que la négociation peut avoir lieu aussi pendant l'exécution du contrat préalablement à un avenant, ce même régime peut-il s'appliquer en cas de rupture des discussions par la personne publique qui conduisent à un échec dans l'adoption de l'avenant ? Et, en cas de réponse positive, sur quel fondement juridique, contractuel ou extracontractuel ? La solution est loin d'être évidente : cet échec de la négociation en cours d'exécution ne se rattache pas à un manquement à une obligation contractuelle et relève davantage d'une atteinte à l'espérance légitime, ce qui devrait conduire à retenir une responsabilité extracontractuelle, mais inversement, le fait que le contrat soit conclu pourrait conduire à privilégier un fondement contractuel, celui de la bonne foi, voire de loyauté dans l'exécution du contrat, même si celle-ci n'a aujourd'hui qu'une fonction procédurale.

À la fin du contrat, les discussions entre les parties vont perdurer, mais il y a alors une fonction différente : l'idée n'est plus de fixer ou modifier le contenu obligationnel mais plutôt au contraire de « solder » celui-ci. Cela reste vrai, du reste, une fois l'exécution du contrat achevée : la fin du contrat ne marque pas la fin des rapports entre les parties, « l'après-contrat »³ restant un temps en partie contractuel, pendant lequel les parties seront amenées à discuter, notamment lors de la levée des réserves après la réception, ou encore lors de la mise en jeu des garanties post-contractuelles. En fin de contrat, la discussion a donc ici moins une fonction constructive qu'une fonction interprétative pour les parties, et c'est ici que la différence entre négociation et discussion prend peut-être tout son sens.

2. Un problème secondaire, ensuite, de champ d'application organique

3 - Le champ d'application organique appelle selon nous moins de difficultés. En phase précontractuelle, c'est la négociation qui est principalement visée par les textes : elle y est alors envisagée entre les *parties potentielles* à un contrat, dès lors que le pouvoir adjudicateur sera amené à négocier avec différents soumissionnaires, même si la négociation à un seul candidat est possible en droit des concessions. Pendant l'exécution, la discussion est resserrée sur le périmètre des seules *parties effectives* au contrat, l'effet relatif du contrat conduisant évidemment et mécaniquement à resserrer son exécution aux seules personnes détenant des droits et obligations découlant du contrat.

Pourtant, là aussi des questions se posent. À titre d'exemple, comment traiter les modes alternatifs de règlement des litiges qui supposent l'intervention d'un tiers au sein des échanges entre les parties ? On pourrait, de prime abord, être tenté d'écarter d'emblée cette hypothèse qui relève de la résolution des conflits et non de la discussion. Cette discussion-là, celle des modes alternatifs, obéit en règle générale à des principes qui lui sont propres : par exemple, le principe du contradictoire est un principe processuel étranger au régime de la négociation contractuelle. Sans doute n'est-il pas exclu que les parties s'imposent une procédure de négociation comparable à celui des échanges entre les parties à une résolution amiable des conflits, mais la liberté laissée au pouvoir adjudicateur dans la négociation, tant par

les textes que par la jurisprudence, ne permet certainement pas de hisser les exigences de la négociation au niveau des exigences quasi juridictionnelles qui peuvent peser sur certains de ces modes alternatifs de résolution des conflits. Inversement, la négociation est gouvernée par des exigences propres aux finalités du droit de la commande publique qui échappent à ces procédés de règlement des litiges. Cela conduit-il alors à écarter ces derniers du champ de la discussion dans les contrats publics ? Rien n'est moins sûr ! Une médiation, ainsi, va en principe aboutir à la conclusion d'une transaction puis d'un avenant au sein du contrat, qui concrétise l'accord des parties consécutif à l'intervention du médiateur, c'est-à-dire à un résultat strictement équivalent à une négociation menée par les parties en cours d'exécution. La question n'est donc pas simple en définitive...

3. Une difficulté sérieuse, enfin, de champ d'application matériel

4 - On rappellera d'abord une évidence : ni la discussion, ni la négociation ne sont des préalables obligatoires à la conclusion des contrats publics, dès lors qu'un contrat peut valablement être formé sans elles. Les contrats publics en sont-ils pour autant des contrats d'adhésion, comme cela est si fréquemment écrit ? On peut en douter, ou du moins estimer qu'ils ne sont pas des contrats d'adhésion au sens où l'entend le Code civil pour qui le contrat d'adhésion est « celui qui comporte un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties » (C. civ., art. 1110).

Cette précision étant faite, tous les contrats publics laissent-ils une place à la discussion ? Tous les aspects du contrat peuvent-ils être soumis à la discussion en phase précontractuelle ou en phase d'exécution ? Ces questions sont, vraisemblablement, celles qui soulèvent le plus de difficultés, qui tiennent à l'imprécision du cadre juridique, mais également au fait qu'elles sont tributaires finalement de pratiques variables. Compte tenu du fait que Damien Goubau va largement nous éclairer sur ces aspects par sa riche expérience, nous nous limiterons ici à souligner deux paradoxes.

Le premier paradoxe est que les contrats hors commande publique semblent bénéficier d'un régime plus libéral que contrats de la commande publique, dès lors qu'aucun texte ne fixe de restrictions au principe même ou aux modalités de la négociation pour ces contrats. Sans doute pourrait-on y voir la manifestation de ce que pour ces contrats, l'enjeu économique, et concurrentiel, n'est pas comparable à celui des marchés ou des concessions, ce qui explique la liberté de négociation laissée aux parties : toutefois, une telle analyse peine à convaincre si l'on songe aux cas de certains contrats domaniaux, tels que les BEA, dans lesquels l'enjeu est comparable à celui des contrats de la commande publique.

Le second paradoxe tient à ce que dans les contrats de la commande publique, le principe posé par le droit est que la négociation n'est pas admise de façon automatique et est limitée à certaines procédures pour les marchés publics (marchés à procédure adaptée ou procédures concurrentielles avec négociation pour l'essentiel) et aux concessions. Or, la pratique montre en réalité que les parties à un contrat peuvent être amenées à échanger durant la phase précontractuelle, quel que soit le contrat et quelle que soit la procédure, c'est-à-dire y compris dans un appel d'offres en marchés publics où la négociation est pourtant réputée interdite, ce qui nous conduit à formuler deux remarques en guise de conclusion. Cette réalité, d'abord, vient largement contredire la qualification de contrat d'adhésion apposée sur les contrats publics. Ce paradoxe ensuite, est particulièrement révélateur de ce que les textes du droit de la commande publique ont une approche désincarnée de la relation contractuelle au stade de sa formation, ce qui montre l'intérêt que nous avons aujourd'hui à réfléchir à ce qu'est la discussion. ■

2. CE, 9 déc. 2016, n° 391840, *Sté Foncière Europe : Contrats-Marchés publ.* 2017, n° 53, note P. Devillers ; AJDA 2017, p. 690, note G. Clamour.

3. Qu. Alliez, *L'après-contrat : Thèse Université Paris I*, 2020.

MOTS-CLÉS : Contrats / Commande publique - Discussion

2337

Le champ d'application de la discussion dans les contrats publics (2)

Damien GOUBAU,

directeur aux affaires juridiques, risques et conformité de Demathieu Bard

1 - Pour déterminer la place de la discussion dans les contrats publics, il nous faut bien en donner une définition, ou tout au moins des éléments qui nous permettent d'appréhender cette notion.

Comme l'a indiqué Marion Ubaud-Bergeron (*JCPA 2021, 2336*), le droit positif n'en donne pas. Notamment, le Code de la commande publique est silencieux, et les diverses versions des CCAG le sont également.

Le droit des sûretés connaît bien sûr la notion de la discussion des biens du débiteur, mais cette notion est sans rapport avec celle qui nous intéresse ici.

2 - Dans sa 9^e édition, le Dictionnaire de l'Académie française, qui, rappelons-le, a une vocation normative de la langue française, et non une intention descriptive de son état.

La discussion est présentée comme suit :

« XII^e siècle, au sens d'« examen contradictoire ». Emprunté du latin *discussio*, -onis, « secousse, ébranlement », et, en bas latin, « examen attentif, vérification, discussion ». Action de discuter, de débattre une question de manière critique.

Donner, fournir matière à discussion. Être sujet à discussion. Faire l'objet d'une discussion. Entrer en discussion. Le projet de loi vient d'entrer en discussion. La discussion d'un amendement à un projet de loi. Faire entrer un élément dans la discussion. Entrer dans de nouvelles discussions. S'engager dans une discussion. Diriger, mener la discussion. Clore, trancher la discussion. La discussion d'un problème philosophique, scientifique. [...]

Expr. proverbiale. De la discussion jaillit la lumière.

Échange animé d'opinions contraires, dispute, contestation. Avoir une discussion, entrer en discussion avec quelqu'un. Soulever une discussion. Ils sont perpétuellement en discussion. Une discussion qui tourne à l'aigre. Obéir aux ordres sans discussion. Cette solution est sans discussion possible la meilleure. »

Il n'est donc pas expressément dit par l'Académie française que la discussion est orale, de sorte qu'elle pourrait être écrite, comme au travers d'un échange de mails. Il n'est pas non plus dit qu'elle est nécessairement directe, ce qui permettrait une discussion par le truchement d'un tiers, tel un médiateur.

3 - Au stade de la consultation, en appel d'offres ouvert ou restreint, ou même en amont de ces procédures, certains échanges sont expressément prévus par les textes, notamment au titre du *sourcing*, ou dans les questions réponses entre maître d'ouvrage et soumissionnaires qui sont prévues par le Code de la commande publique.

Au-delà, il ressort de la pratique que d'autres formes d'échanges sont dans les faits parfois susceptibles d'intervenir de façon empirique.

Les quelques étapes ci-dessous rappelées dans les appels d'offres ouverts ou restreints, qui n'ont pas de caractère exhaustif, soulignent que des formes d'échanges entre le maître d'ouvrage et les soumissionnaires prennent place ou peuvent parfois s'immiscer dans la procédure de consultation :

a) les visites préalables de sites

Lors des visites préalables de sites, qui peuvent être communes aux soumissionnaires ou individuelles, la nature humaine, voire la simple courtoisie, le souhait de comprendre les enjeux, font que certaines informations ou bribes d'informations peuvent apparaître.

La multiplicité de personnes organisant ces visites rend impossible une réponse générale. Tout dépend de leur personnalité et de leur volonté dans chaque cas d'espèce ;

b) les questions des soumissionnaires préalablement à la remise des offres

Ces échanges écrits, si l'on considère que des échanges écrits constituent une forme de discussion, peuvent instaurer une certaine communication.

Tout dépend de la profondeur de la réponse : si à la question « Faut-il prévoir telle ou telle chose ? », la réponse se limite à « Veuillez vous conformer à l'article untel du dossier d'appel d'offres », on peut difficilement considérer être en présence d'un échange.

En revanche, si la question est ouverte, et si la réponse ne se cantonne pas à un simple renvoi aux pièces écrites, il s'agit bien d'une forme d'échange ;

c) les mémoires techniques des soumissionnaires

Les mémoires techniques des soumissionnaires peuvent donner lieu à l'insertion de ce que la pratique a appelé des « qualifications de l'offre », par lesquelles des précisions sont données sur leur vision des modalités de réalisation du contrat au regard d'imprécisions qui pourraient se trouver dans le dossier d'appel d'offres.

Ceci est d'une importance certaine, l'offre technique étant, aux termes du CCAG du 30 mars 2021, désormais susceptible d'être une pièce contractuelle ;

d) les questions des donneurs d'ordre postérieures à la remise des offres

Tout dépend ici aussi de la question, qui peut se limiter à n'être qu'une demande de confirmation : « Veuillez confirmer que votre offre

comprend ce qui est requis à l'article untel du dossier d'appel d'offres », ce qui doit en principe appeler le soumissionnaire à répondre « Nous le confirmons », sous peine d'offre considérée comme non conforme.

Mais si la question est ouverte, on est bien ici aussi en présence d'une forme d'échange entre les parties ;

e) la mise au point du marché

Dès lors que le marché est attribué, il peut s'avérer nécessaire d'avoir à mettre en adéquation les pièces contractuelles au regard du déroulement de la consultation.

La perfection de l'*instrumentum* peut impliquer une certaine discussion quant aux pièces, mais la crainte d'apporter une modification substantielle, conduit les parties à éviter d'aller au-delà d'une simple mise à jour matérielle des documents.

Des échanges prennent donc place lors de la consultation, de façon très imparfaite et empirique. L'absence de fondement suffisamment précis affecte leur qualité, peut causer des malentendus, créer des incertitudes sur les effets, et même donner lieu à des interrogations dans certains cas quant à leur légalité.

4 - Toujours au stade de la soumission, l'absence de toute discussion est néanmoins, elle aussi, cause de déconvenues pour toutes les parties.

Un soumissionnaire sérieux se doit de connaître aussi précisément que possible la portée de ses engagements et des risques que comporte le marché, pour pouvoir établir sa meilleure offre, en connaissance de cause.

Lorsque l'appel d'offres annonce des obligations importantes qui ne peuvent être mesurées, ou qui ne peuvent être raisonnablement prises en charge, un soumissionnaire se devrait en principe de déclarer son intention de soumissionner.

De multiples exemples peuvent illustrer ce propos, mais on peut relever le cas, qui n'est pas rare, dans lequel un appel d'offres requiert une garantie trentenaire, et non seulement décennale, alors que nul ne peut techniquement déterminer la pérennité des ouvrages considérés sur une aussi longue période, et encore moins le coût d'éventuelles réparations.

La même méfiance s'impose lorsque l'appel d'offres stipule des sanctions sévères pour retard alors que les délais peuvent se trouver affectés par des causes qui ne sont pas sous la maîtrise du soumissionnaire dont il ne peut imaginer la nature, ou dont il ne peut raisonnablement mesurer l'ampleur.

5 - Au stade de l'exécution du contrat, la place et le rôle de la discussion méritent nombre de considérations.

Tout d'abord, quelques statistiques issues du CCAG Travaux qui, pour être très peu scientifiques, sont néanmoins éloquentes :

- les termes « *informer* », « *information* », « *informe* », « *informera* » apparaissent à 69 reprises.

Par exemple, article 11.6 Constatations et constats contradictoires : « *Dans le cas où le maître d'œuvre n'a pas opéré les constatations contradictoires [...], le titulaire en informe le maître d'ouvrage* » ;

- les termes « *notifier* », « *notification* », « *notifie* », « *notifiera* » apparaissent quant à eux à 136 reprises.

Par exemple, article 3.4.2 Notification des modifications portant sur la situation juridique ou économique du titulaire : « *De façon générale, le titulaire est tenu de notifier sans délai au maître d'ouvrage toutes les modifications importantes concernant le fonctionnement de l'entreprise pouvant influencer sur le déroulement du marché* » ;

- les termes « *décide* », « *décision* », « *décidé* » apparaissent à 63 reprises ;

- on retrouve en outre régulièrement les termes « *communiquer* », « *tenu de faire connaître* », « *tenu d'aviser* », etc.

Par exemple, article 14.4 Augmentation du montant des travaux : « *Le titulaire est tenu d'aviser le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre*

[...], de la date probable à laquelle le montant de travaux atteindra leur montant contractuel. »

Les occurrences des termes faisant écho à la discussion et l'échange sont en revanche beaucoup moins nombreuses ;

- le terme « *discuter* » et ses dérivés, n'apparaissent à aucun moment ;

- le terme « *concertation* » est employé à une seule reprise, mais dans le cadre d'une concertation entre l'OPC et les titulaires des différents lots (art. 28.2.3) ;

- le terme « *échange* » n'apparaît pas.

S'agissant du CCAG Maîtrise d'œuvre, le constat est le suivant ;

- « *Information* » (48 occurrences) ; « *notification* » (102 occurrences) ; « *décision* » (65 occurrences) ; « *communication* » (22 occurrences) ; « *avise* » (3 occurrences) ; « *faire connaître* » (1 occurrence).

Les occurrences des termes faisant écho à la discussion ou l'échange sont aussi moins nombreuses ;

- les termes « *accord* » et « *absence d'accord* » apparaissent à 24 reprises.

Par exemple, dans les articles 5.2.2 (protection des données à caractère personnel), 6.2 (protection de la main-d'œuvre et conditions de travail), 14.2 (prestations supplémentaires ou modificatives), 25.2.2 (suspension des prestations en cas de circonstances imprévisibles) ;

- le terme « *réunion* » apparaît à 3 reprises.

Bien sûr au titre des réunions de chantier tenues à intervalle régulier, mais aussi, par exemple, dans la clause d'insertion sociale (art. 18.1.4.3. – Et art. 18.1.5) : « *Une réunion de mise au point de l'action d'insertion est organisée* » ;

- on retrouve les termes « *les parties conviennent* » à l'article 25.2.2 (suspension des prestations en cas de circonstances imprévisibles) ainsi qu'à l'article 26 (clause de réexamen) ;

- on retrouve les termes « *les parties se rapprochent* » à l'article 15.3.5 (prolongation du délai contractuel).

En revanche, le terme « *discussion* » et ses dérivés n'apparaissent pas non plus dans le CCAG Maîtrise d'œuvre, à aucune reprise.

6 - Sans pour autant être nommée et encore moins définie, la discussion est néanmoins largement encouragée ou prescrites dans les CCAG, dont l'un des objets essentiels est précisément d'organiser le mode de fonctionnement entre les parties pour l'exécution du contrat.

L'échange d'informations entre les parties, qui est un préalable nécessaire à la discussion, est ainsi largement requis par les CCAG. Ce flux d'informations n'est pas unilatéral mais bien multilatéral ; tantôt l'obligation pèse sur le titulaire¹, tantôt sur le maître d'ouvrage², tantôt sur le maître d'œuvre³.

Des réunions de chantier sont expressément prévues⁴. L'article 3.9 dispose que le titulaire « *est convoqué [...] lorsque sa présence est nécessaire pour la bonne exécution de l'ouvrage* ». En pratique, ces réunions en présence du maître d'ouvrage et du maître d'œuvre, sont hebdomadaires, ce qui atteste de l'importance d'un échange régulier.

D'autre part, trois dispositions récentes soulignent particulièrement la nécessité d'une collaboration étroite entre les parties. La discussion est en l'espèce voulue explicitement par le CCAG Travaux :

- la discussion entre les parties est largement encouragée dans le cadre de l'article 20.1 relatif à la clause d'insertion sociale : « *[...] le maître d'ouvrage peut organiser avec le titulaire et, le cas échéant le facilitateur, des réunions de suivi de la clause d'insertion.* » ou encore

1. Par ex., art. 32 CCAG Travaux.

2. Par ex. art. 44.1, dernier §, CCAG Travaux.

3. Par ex. art. 41.2, § 3 CCAG Travaux.

4. Art. 3.9 du CCAG Travaux.

« [...] le maître d'ouvrage [...] étudie avec le titulaire les moyens à mettre en œuvre pour atteindre les objectifs d'insertion » ;

- l'article 53.3 relatif à la suspension des travaux en cas de circonstances imprévisibles indique que « [...] les parties conviennent également des modalités de reprise de l'exécution [...] et des modalités de répartition des surcoûts directement induits par cette suspension » ;

- on retrouve dans l'article 54 relatif à la clause de réexamen les expressions suivantes : « [...] les parties examinent de bonne foi les conséquences [...] » et « [...] les parties conviennent, par avenant, des modalités de prise en charge [...] des surcoûts [...] ».

Enfin, en protégeant la transmission d'informations par une obligation de confidentialité dans certaines hypothèses, le dialogue se trouve préservé⁵.

Cependant, au sens du CCAG Travaux, la discussion ne s'entend pas nécessairement d'un échange oral, mais peut être écrite. Par exemple, l'article 19.2.4 précise : « Lorsque le maître d'ouvrage envisage d'appliquer les pénalités de retard, constatées par le maître d'œuvre, il invite, par écrit, le titulaire à présenter ses observations [...] ».

Selon les CCAG, les discussions sont donc omniprésentes, bien réelles, et absolument nécessaires pour l'exécution des contrats ; elles peuvent être écrites. Curieusement, elles ne sont jamais nommées comme telles.

7 - S'agissant de la clôture du contrat, dès lors qu'un différend apparaîtrait, il n'est nul besoin de souligner la tendance générale à essayer de trouver un mode de règlement qui soit alternatif aux procédures juridictionnelles.

Mais avant même cela, l'article 55 relatif au règlement des différends est peut-être celui qui prévoit le plus largement un échange entre les parties. Il dispose : « Le maître d'ouvrage et le titulaire s'efforceront de régler à l'amiable tout différend éventuel [...] ils privilégient le recours à un comité consultatif de règlement à l'amiable [...] ».

Quant aux modes alternatifs de règlement des différends, ils impliquent des discussions, que l'on peut considérer comme indirectes car intervenant par le truchement d'un tiers, le cas échéant un médiateur, un conciliateur.

8 - Pourtant, alors que la discussion est appelée à être omniprésente dans l'exécution des contrats, qu'elle revient naturellement dans les procédures de consultation y compris parfois là où elle n'est pas attendue, que sa place est affirmée pour éviter les contentieux, pour lesquelles le CCAG donne de larges possibilités d'expression, dont tout le monde s'accorde pour en souligner l'impérieuse nécessité et la parfaite utilité, les praticiens déplorent son insuffisance dans les faits.

De l'avis général, elle pourrait être utilisée à meilleur escient, pour un meilleur bien commun.

L'enjeu est absolument majeur. En instaurant une meilleure sécurité juridique, la bonne discussion est de nature à renforcer l'efficacité de la commande publique, à faciliter l'exécution des contrats selon les

modalités qui y sont convenues, et d'en assurer la clôture non contentieuse.

9 - Quel est donc ce phénomène, jamais nommé, jamais abordé de front, sauf par le présent colloque ? Il ne s'agit pas bien sûr d'une simple question de mots ; peu importe qu'il soit appelé « discussion » ou autrement.

Avec le professeur Ubaud-Bergeron, nous avons été bien en peine de trouver une définition aisée.

Sans doute l'absence de clarté du sujet pousse à une certaine méfiance.

Établir une notion, franchement nommée, clairement décrite, définie, permettrait de justifier sa présence, de façon que les parties puissent s'en saisir pleinement et réellement, sans crainte.

Préciser une telle notion permettrait également de distinguer la « bonne discussion » des autres discussions.

10 - La bonne discussion est celle par laquelle les parties échangent raisonnablement sur leurs points de vue, leurs attentes, leurs contraintes, ceci afin de mener à bonne fin l'exécution du contrat dans les conditions convenues.

Elle doit être fluide et aisée. Elle doit dès lors être orale pour faciliter la compréhension mutuelle, sans que celle-ci ne soit affectée par la lourdeur, la contingence et la complexité de l'écrit. Elle doit être directe, sans l'entremise d'un tiers susceptible d'appauvrir cette compréhension.

Suivant une méthode téléologique, pour emprunter un terme à la philosophie, on pourrait donc la définir comme des échanges oraux et directs entre les parties leur permettant une bonne compréhension de leurs attentes et contraintes respectives.

S'agissant du déroulement des négociations, il nous faut probablement constater l'impossibilité de donner un contenu précis. Sans doute, ne peut-on ajouter beaucoup au fait qu'elles doivent être menées de bonne foi, à l'instar de l'article 54 du CCAG Travaux, dans un esprit de transparence, avec l'intention réelle de vouloir collaborer.

Il demeure certain que le simple fait de préciser la notion permettrait de rassurer les parties, qu'elles ne craignent pas de se mettre en risque au regard de leur déontologie.

11 - En conclusion :

- le champ de la discussion dans les contrats administratifs est extrêmement large, de la consultation à la clôture du contrat, et englobe tous les aspects du contrat. Elle est vivement encouragée par les CCAG ;

- ni le droit ni la langue française ne nous permettent de définir correctement la discussion pour les besoins qui nous occupent ;

- les discussions visant à renforcer l'efficacité de la commande publique et l'exécution des contrats devraient être orales et directes ;

- pour en permettre l'emploi à bon escient, la création de la notion s'impose fermement. ■

MOTS-CLÉS : Contrats / Commande publique - Discussion

5. Art. 5.1 CCAG.

2338 Le champ d'application de la discussion (3)

Sylvain SALLES,
avocat au barreau de Lyon

On va essayer de relater pendant quinze minutes ce que l'on a entendu hier concernant le champ d'application de la discussion.

À titre préliminaire, pour rebondir sur les deux propos qui viennent d'être tenus à l'instant, ce qui se dégage de cette notion de discussion, est qu'elle n'est qu'une notion fonctionnelle ainsi que l'a dit Madame le Professeur Ubaud-Bergeron. En effet, elle n'est pas un concept, par conséquent on s'écarte des dispositions très codifiées où la légistique a un rôle, et, en réalité, on voit bien, comme l'a souligné Monsieur Goubau, que l'on se rapproche de la sociologie et de la psychologie.

On reviendra tout à l'heure sur la distinction que l'on peut opérer entre les concessions, qui sont marquées par un certain degré d'*intuitu personae* et quelque chose de plus formalisé, comme les appels d'offres, mais pour faire la synthèse de l'heure et quart au cours de laquelle nous avons échangé hier, on est parti d'un constat, et l'on a clôt notre échange sur ce même constat. Mais entre ces étapes-là, on a abordé le champ d'application matériel de la discussion, de la discussion précontractuelle, jusqu'à la discussion en cours d'exécution, et même jusqu'au terme du contrat.

En réalité, on part de handicaps majeurs. Le premier handicap que l'on rencontre, c'est que dans les marchés publics, la relation contractuelle est désincarnée : on choisit une offre, non un prestataire.

En revanche, en ce qui concerne les concessions, le principe d'*intuitu personae* a été maintenu par la directive de 2014 : le concédant attribue donc le contrat davantage à l'aune de la personne ou des personnes physiques qui composent la personne morale juridiquement retenue que la personne morale elle-même.

Deuxième handicap que l'on rencontre, c'est qu'à aucun moment on ne trouve de définition textuelle de la notion de discussion ; bien évidemment, il n'y a aucune définition dans les règles propres aux marchés publics, mais également, et là réside le plus étonnant, en matière de concession. Cela va même plus loin puisque le mot même est absent de tous les textes qui aujourd'hui régissent le droit de la commande publique. La négociation, quant à elle, est bien présente, mais pas la discussion, d'où l'intérêt de réussir à en cerner les contours.

Il s'est donc précisément agi de cerner les contours de cette notion de discussion : la discussion est-elle une optimisation de l'offre ? Une amélioration de celle-ci ? L'anticipation concertée d'une difficulté d'exécution ? Une action visant à dissiper une problématique ? Tel est le sujet qui nous a réunis.

On a essayé de mêler à la fois l'aspect temporel et l'aspect matériel, et l'on a pris itérativement la passation d'un contrat. Tout d'abord, la première question abordée fut celle relative à l'existence d'une forme

de discussion dans l'appel d'offres. Bien évidemment, nous avons entendu l'appel d'offres restrictivement, c'est-à-dire comme correspondant à la procédure formalisée de l'appel d'offres, qu'il soit d'ailleurs restreint ou ouvert, sans confondre les notions d'appel d'offres et de consultation publique comme cela se fait parfois.

Discussion et sourcing. – Immédiatement, les débats ont porté sur le *sourcing*, ou sourcing, bref sur l'ensemble des études et échanges préalables à la passation du contrat à proprement parler. La question qui s'est posée a été de savoir si le sourcing – quelle que soit sa modalité par ailleurs (salons, expositions auxquelles les acheteurs publics se rendent...) pouvait être considéré comme une discussion et, auquel cas, entre-t-on véritablement dans un échange et une élaboration de l'offre ou une pré-élaboration de l'offre ? Les échanges ont été abondants sur cette question et, finalement, on a eu du mal à se positionner parce qu'en tant que praticiens, nous avons tous constaté qu'il s'agit là d'une pratique nouvelle et marquée par une grande hétérogénéité. Il y a des collectivités qui se sont saisies de la question et l'ont réglementée en interne, avec un règlement intérieur de sourcing mettant en place un questionnaire très précis. À l'inverse, il y en a d'autres où c'est plus fluctuant. Dès lors, l'on se retrouve avec une double forme d'hétérogénéité : d'abord, structurellement et de façon générale, les collectivités n'ont pas les mêmes règles, ni les mêmes pratiques. Ensuite, en fonction du marché, les pratiques de sourcing diffèrent, en fonction de l'objet (travaux, fournitures ou services), mais également en fonction de la granulométrie, de la « masse contrat ». Dès lors, la principale difficulté que nous avons, d'un commun accord, identifiée est celle de l'absence d'organisation et d'institutionnalisation de la discussion dans le *sourcing*.

Nous avons convenu qu'il y avait des échanges, mais est-ce que la discussion se résume à de l'échange d'informations, de la réception d'informations, ou bien représente-t-elle véritablement quelque chose de plus confrontationnelle où l'on essaie de dissiper un problème. Car dans le *sourcing*, on n'est pas du tout dans le conflit, ni par ailleurs sur la modification d'un contenu obligationnel ou pré-programmatique.

En fait, ce que l'on constate à première vue, c'est que les acheteurs publics viennent et qu'ils « consomment ». Néanmoins, on peut tout de même entrevoir une part – qui est d'ailleurs tout à faire reconnue par les fiches de la DAJ – de préprogrammation importante. Qu'en a-t-on tiré ? Évidemment nous sommes très vite arrivés sur le risque de la rupture d'égalité et la question qu'il induit : comment fait-on pour assurer une information égalitaire transmise de façon effectivement transparente et non opaque ? Est-ce qu'on est dans un sourcing restreint ou ouvert ? Combien de personnes et d'entreprises

consulte-t-on ? En somme, sur cette notion de sourçage, nous avons eu des difficultés à poser le mot discussion.

Discussion et passation. – L'appel d'offres est lancé, que ce soit ouvert ou restreint, et arrive potentiellement l'étape des questions posées par les candidats intéressés à l'acheteur, que ce soit au stade candidature ou offre, avec la possibilité de les poser sur les plateformes numériques. À ce stade, nous avons eu le sentiment d'être entrés un petit peu plus dans le sujet, car la notion de dissiper les incompréhensions a pris tout son sens. Les questions-réponses englobent et incarnent la notion de discussion. Si la discussion est bien fidèle à son étymologie, « *discutere* », et qu'elle consiste donc à découper ou battre les problématiques, nous étions vraiment au cœur du sujet car les questions posées par les candidats ont précisément vocation à dissiper les incompréhensions, lever les doutes ou clarifier les incohérences. Et là, on a pu dire que le jeu des questions-réponses, est le témoin de l'irruption de la discussion dans l'appel d'offres, là où, pourtant, on ne l'attendait pas. D'ailleurs, les praticiens en ont parlé : à ce stade là des questions-réponses, il arrive que des problèmes majeurs soient décelés, comme de vraies difficultés dans la rédaction, voire des stipulations proches de l'illégalité, conduisant l'acheteur à classer sans suite la consultation, ce qui est déjà arrivé en pratique. Dans cette situation, on ne peut que constater l'efficacité de la discussion, en tant qu'elle permet de dissiper les incompréhensions. Vous le voyez bien : à ce stade de nos débats, nous avons embrassé une partie de la notion de discussion.

La question des visites préalables a ensuite été abordée. Ici, les dimensions sociologique et psychologique sont particulièrement ressorties. On est tous tombés d'accord sur ces sujets parce qu'on a tous des expériences personnelles de visites préalables, que ce soit d'ailleurs en marché public ou en concession. Ce qui est ressorti de nos échanges, c'est la crainte, la peur, une forme de contrition perceptible autant du côté des acheteurs publics que de celui des opérateurs économiques. Que ce soit du côté des opérateurs ou des acheteurs. En plus, quand on entre dans le détail, on a une problématique supplémentaire qui vient se greffer, à savoir celle de la continuité entre les agents de l'acheteur public qui ont déjà discuté auparavant et ceux qui discutent au moment de la visite : avons-nous les mêmes agents en face de nous que ceux qui ont rédigé les pièces du marché ou répondu aux questions ? Ne sommes-nous pas face à des agents du service opérationnel là où jusqu'alors, on était face à des agents du service marché ou de la direction juridique ? C'est bien l'enjeu. Mais du reste, en pratique, au cours de visites préalables, on se rencontre en présentiel, on visite des bâtiments ensemble, mais demeure la contrition, une ambiance de peur réciproque. Pourtant, l'envie de discuter est bien là et l'on constate en réalité un phénomène d'attraction-répulsion. La discussion, à ce stade, est un Graal, mais il y a aussi la peur de ne pas maîtriser la discussion : la dimension psychologique prend véritablement tout son sens ici. Plus particulièrement, s'agissant de cette étape de la visite préalable, on a également convenu que l'oralité posait un problème. La notion fonctionnelle de discussion ne contenant aucune exigence formelle, il nous est apparu que le grand problème des visites était précisément celui de l'oralité. Alors certes, *verba volant scripta manent*, mais pour autant on sait très bien qu'il y a des formes d'oralités qui vont être transcrites et qui vont potentiellement poser problème parce que cela va révéler des sujets que l'on préférerait tus. Donc l'oralité dans les visites préalables apparaît comme le fait générateur de craintes majeures, parce qu'elle ne permet pas la maîtrise de la discussion, entraînant par voie de conséquence un certain immobilisme, un certain mutisme de part et d'autre.

En ce qui concerne l'achèvement de la procédure, une étape cruciale a retenu notre attention : la mise au point du marché, telle que l'entendait l'article 59 du Code des marchés publics et ainsi que l'entend désormais le Code de la commande publique. Cette notion

correspond-elle à un calibrage du marché, un dernier petit tour de vis pour une ergonomie parfaite ? Ou bien, est-elle encore un moyen de discuter, voire de modifier certaines choses ? Il y a avant tout deux sujets majeurs, deux tabous portant sur la mise au point : d'abord, on ne touche pas au critère de sélection des offres, évidemment, ensuite on ne touche pas aux conditions d'exécution du marché. Dès lors, et la jurisprudence semble plus ou moins confirmer ce sentiment, la discussion n'apparaît plus appropriée, car confinée à une forme d'illégalité.

Il en va sans doute autrement si l'on considère les marchés publics globaux de performance, dans lesquels beaucoup de choses peuvent être discutées, à l'inverse de la mise au point en appel d'offres où il n'y a pas de grandes marges de manœuvre là-dessus.

Discussion et exécution. – Nous avons ensuite abordé les manifestations de la discussion au cours de l'exécution, avec une question qui s'est immédiatement posée : quel est le fait générateur de la discussion ? Est-ce la volonté, ou bien là contrainte, la nécessité ?

Ce qui est davantage ressorti de nos travaux, c'est que ce sont les difficultés rencontrées, les adversités, les obstacles, bref toutes les contrariétés rencontrées en cours d'exécution du marché qui font généralement émerger la discussion.

Ensuite, nous nous sommes attardés sur la stratégie à adopter et on est tombé d'accord selon lequel plus on retarde la discussion, plus on garde le silence sur les problématiques que l'on juge mineures, plus les relations finissent par se tendre, jusqu'à un éventuel mémoire en réclamation. On s'est donc posé la question : le mémoire en réclamation est-il une forme de discussion ? Aucune réponse n'ayant fait l'unanimité.

D'aucuns considèrent que le mémoire en réclamation est un vrai élément de discussion, d'autres moins. Est-ce qu'on est dans une forme traditionnelle de discussion, appréhendée selon son acception d'échanges ? Doit-on considérer, comme le consacrent les nouveaux CCAG, que le mémoire en réclamation est une technique d'exécution contractuelle ? L'on a alors abordé le synallagmatisme de la discussion et l'on a pu constater qu'en pratique, il arrive que les acheteurs publics disent « faites-moi un mémoire en réclamation, je vais pouvoir changer d'organigramme, le positionner différemment », on passe alors d'une logique d'exécution classique, à une logique « d'affaires juridiques », peut-être propice à la discussion.

Lorsque l'acheteur public dit créer la discussion à travers le mémoire en réclamation, cela révèle la volonté de « désaxer » le débat, de positionner la dimension confrontationnelle de la discussion sur le terrain « réglementaire », davantage institutionnel et administratif.

Discussion et terme du contrat. – Avançant dans l'itération de la vie du contrat, nous nous sommes posés la question du rôle de la discussion à l'approche du terme de la relation contractuelle. Spontanément, la question de la concession de service public a occupé nos échanges. Nous avons évoqué le fait que dans le cadre de la préparation du terme d'une concession de service public, les parties se rapprochent généralement six mois avant le terme fixé, afin de discuter du sort des biens de la concession ou encore de l'organisation de la continuité du service public. Puis nous sommes revenus sur la notion de mémoire en réclamation, et les opérations préalables à réception. Est-ce qu'on est dans une approche de discussion quand on se rapproche de la réception, à travers la réalisation des opérations préalables à la réception ? Effectivement, on peut dire qu'on est dans un échange, on s'échange des courriers, mais est-ce que c'est réellement de la discussion ? Car comme le soulignaient les intervenants précédents, quand on est dans ce schéma d'opérations préalables à réception, tout est normalisé, tout est réglementé et donc on est dans une forme où on s'échappe de la notion fonctionnelle de discussion. On rentre plutôt dans un schéma institutionnel et donc c'est davantage une modalité de suivi, une modalité de fin d'exécution.

Les blocages à la discussion. – Enfin, nous avons abordé la thématique des blocages tout au long de la vie du contrat. Ici, c'est intéressant, le mot qui est sorti c'est l'obligation de faire, le devoir de faire. Le blocage de la discussion procède de velléités ou par occurrence objective « du devoir de faire », parce qu'on a un calendrier prévisionnel général, qui doit être respecté sous peine de pénalités, on va limiter la discussion face à ces impératifs temporels des obligations contractuelles.

Voilà les constats que l'on a faits. On a voulu mélanger le *ratio temporis* et le *ratio materiae* sur occurrences de la discussion. J'en ai terminé.

MOTS-CLÉS : *Contrats / Commande publique - Discussion*

2339

Le contenu de la discussion dans les procédures négociées et le dialogue compétitif (1)

François LICHÈRE,

professeur agrégé de droit public,
directeur de la Chaire de droit des contrats publics

1 - Le professeur Ubaud-Bergeron a pu identifier plus haut¹ la discussion, dans un sens strict, comme ne visant pas à conclure un accord, contrairement à la négociation. Mais on peut prendre la notion de discussion dans un sens plus large, comme un échange qui, potentiellement, peut déboucher sur un accord. C'est en ce sens que l'on entend parler de discussion dans les propos qui suivent, lesquels se penchent sur le contenu de la discussion dans le cadre des procédures négociées et de dialogue compétitif.

Il est certain que de l'eau a coulé sous les ponts depuis que le doyen Péquignot pouvait dire, dans sa thèse parue en 1945 : « *le contrat administratif apparaît comme la manifestation d'une volonté prépondérante, à quoi une autre volonté se contente d'adhérer* »². En raison de l'existence des procédures négociées et de dialogue compétitif et de la fréquence de leur utilisation dans beaucoup de contrats administratifs, il paraît difficile, de nos jours, de parler de contrat d'adhésion de manière aussi générale.

De droit pour les concessions et les conventions d'occupation du domaine public, les hypothèses de procédures de passation qui laissent place à la discussion se sont en effet accrues en matière de marchés publics, même si l'appel d'offres reste la procédure de principe pour les pouvoirs adjudicateurs. Le seuil des marchés à procédure adaptée a augmenté au fil du temps, en particulier en matière de travaux, les cas de recours à la négociation et au dialogue compétitif ont été considérablement étendus pour les pouvoirs adjudicateurs depuis l'entrée en vigueur des directives de 2014 et les entités adjudicatrices peuvent recourir librement à la procédure négociée. Il est difficile de mesurer, cependant, l'augmentation du recours aux procédures négociées. Deux chiffres peuvent être avancés : en 1997, sur environ 100 000 de marchés publics recensés, 10 000 étaient passés en procédure négociée³, sensiblement les mêmes chiffres depuis 2016⁴ ; on peut parler toutefois d'accroissement du recours à la négociation par l'effet de l'augmentation du nombre des marchés adaptés consé-

cutive au relèvement des seuils de ces derniers, qui comportent généralement une phase de négociation.

Mais le fait de recourir à ces procédures de plus en plus fréquemment garantit-il que la discussion soit réellement assurée ? Autrement dit, le contenu de la discussion est-il totalement libre ?

La lecture des articles du Code de la commande publique relatifs à ces procédures, que ce soit pour les marchés publics comme pour les concessions, laisse songeur tant les dits articles sont presque muets sur le contenu de la discussion et même sur ses modalités ou ses limites. Autrement dit, il semble exister une très grande liberté en la matière, y compris s'agissant des personnes qui négocient⁵.

Mais la jurisprudence a pu préciser un certain nombre de choses, tout comme la doctrine qui analyse fréquemment la réalité de la discussion ou encore les travaux de la Chaire de droit des contrats publics dans le cadre de son deuxième rapport sur les liens entre règles de passation et difficultés d'exécution, qui conduisent à nuancer la première impression. Aussi, si la liberté de discuter s'est renforcée au fil du temps, empêchant de parler de contrats d'adhésion (1), plusieurs facteurs permettent d'affirmer qu'il existe encore, de nos jours, une volonté prépondérante des personnes publiques dans les procédures de discussion malgré la liberté de discuter offerte théoriquement (2).

1. Un renforcement de la liberté de discuter dans les procédures propices à la discussion

2 - Il est possible, au regard des textes et de leur évolution comme de la jurisprudence, de parler d'un renforcement récent du périmètre de la discussion du fait de la liberté aujourd'hui laissée en procédure négociée, laquelle est encore accrue en dialogue compétitif.

A. - Le périmètre élargi de la discussion en procédure négociée

3 - En matière de marchés publics, les textes ne laissent transparaître que peu de contraintes, en particulier depuis qu'avec l'entrée en vigueur des textes de transposition des directives de 2014 en 2016, les

1. JCP A 2021, 2336.

2. G. Péquignot, *Théorie générale du contrat administratif* : Pedone, 1945, p. 260.

3. V. L. Richer et F. Lichère, *Droit des contrats administratifs* : LGDJ, 12^e éd., n° 1193.

4. V. chiffres de l'Observatoire économique de l'achat public disponibles sur le site du Minefi.

5. V. Rép. min. n° 23107 : JO Sénat 2 sept. 2021, p. 5113, J.-L. Masson, à propos des personnes habilitées à négocier les délégations de service public locales.

limites relatives à la modification substantielle et à l'objet ont été supprimées. Auparavant, la négociation ne pouvait « porter sur l'objet du marché ni modifier substantiellement les caractéristiques et les conditions d'exécution du marché tels qu'elles sont définies dans les documents de la consultation ». Le code 2006 invitait ainsi les parties à ne négocier que les caractéristiques des offres, à l'exception de la demande elle-même.

Désormais, l'article R. 2161-13 du Code de la commande publique (CCP) dispose, à propos de la procédure avec négociation, que « Le pouvoir adjudicateur indique dans les documents de la consultation les exigences minimales que doivent respecter les offres ». L'expression n'est pas nouvelle puisqu'elle fixe la limite des variantes depuis fort longtemps, lesquelles sont des alternatives à la solution proposée par le cahier des charges mais ne peuvent porter atteinte aux caractéristiques minimales⁶.

La formule a, surtout, quelque chose de trompeur. Elle laisse à croire que le pouvoir adjudicateur serait totalement libre de définir ces exigences minimales. C'est le considérant 45 de la directive 2014/24 qui infirme la première impression : « les exigences minimales à fixer par le pouvoir adjudicateur sont les conditions et caractéristiques [notamment physiques, fonctionnelles et juridiques] que toute offre est tenue de remplir ou de posséder afin de permettre au pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché conformément au critère d'attribution retenu ». D'une certaine manière, elle est à mettre en parallèle avec l'idée selon laquelle toute négociation ne saurait aboutir à remettre en cause les conditions initiales de concurrence d'une manière telle qu'un autre concurrent aurait pu être intéressé par le futur marché. Cette approche devrait être d'ailleurs, selon nous, le seul critère à prendre en compte comme limite à la négociation.

Il n'existe même pas une telle limite dans le cadre de la procédure négociée des entités adjudicatrices (CCP, art. R. 2161-21 à 23). Mais la DAJ du ministère de l'Économie et des finances a sans doute raison, dans sa fiche technique consacrée à la procédure avec négociation, d'appeler les entités à appliquer ce qui est prévu pour les pouvoirs adjudicateurs. On en veut pour preuve ce qu'avait pu décider le Conseil d'État avant 2016 à propos des délégations de service public à une époque où les textes ne posaient pas de limites véritables.

Pour ce qui est des concessions en effet, la transposition de la directive 2014/23 semble avoir conduit, à l'inverse et au premier abord, à une restriction des possibilités de négociation. L'article L. 3124-1, alinéa 2 du CCP dispose que « La négociation ne peut porter sur l'objet de la concession, les critères d'attribution ou les conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de la consultation ». Mais en réalité, la jurisprudence du Conseil d'État avait déjà posé des bornes très nettes. Il avait ainsi jugé de manière prétorienne que « la personne responsable de la passation du contrat de délégation de service public peut apporter, au cours de la consultation engagée sur le fondement des dispositions de l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, des adaptations à l'objet du contrat qu'elle envisage de conclure au terme de la négociation lorsque ces adaptations sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un caractère discriminatoire »⁷, ce qui permettait d'admettre une prolongation de 6 mois la durée d'exécution de 10 ans initialement prévue, annoncée au cours de la négociation. En revanche, a été considérée comme excessive l'insertion, dans un projet de convention de délégation de service public, d'une clause permettant au délégataire, dans le cas où un recours administratif ou contentieux à l'encontre de la convention ou de ses

actes détachables n'aurait pas été définitivement réglé au cours des 4 premières années de l'exécution du contrat, d'une part, d'exiger de l'autorité délégante qu'elle résilie de plein droit le contrat dont la durée pouvait ainsi être réduite des cinq sixièmes, d'autre part, de limiter substantiellement le montant des investissements nouveaux. On doit toutefois noter que cette insertion s'est faite une fois le délégataire choisi, ce qui est de nature à pousser le juge à être beaucoup plus exigeant que s'il s'agissait d'une insertion pendant la phase de négociation avec tous les candidats⁸.

En réalité, c'est la définition du besoin qui ne devrait pas changer plus que l'objet du contrat, lequel peut renvoyer soit à ce besoin soit à la manière dont les futures parties entendent répondre à ce besoin. Ici encore, le seul critère devrait être celui de la remise en cause des conditions initiales de concurrence, qui ne devrait s'apprécier qu'à l'aune de l'intérêt de concurrents potentiels.

La Cour de justice a, par ailleurs, fait preuve de souplesse en jugeant qu'il ne saurait être exclu que « lors d'une procédure négociée qui, de par sa nature, peut s'étendre sur une longue période de temps, les parties prennent en considération les nouvelles évolutions technologiques intervenues pendant que les négociations se déroulaient, sans que ce fait soit considéré, à chaque fois, comme une renégociation des termes essentiels du contrat justifiant l'application de nouvelles règles de droit »⁹.

La seule autre vraie limite générale tient à la négociation d'éléments étrangers au contrat. Le Conseil d'État a ainsi sanctionné le fait pour une autorité concédante d'avoir sollicité la présentation d'une offre « conditionnelle » tenant compte d'une procédure de passation mise en œuvre par une autre autorité concédante¹⁰.

B. - Une liberté de discussion renforcée en matière de dialogue compétitif

4 - Ici aussi, les conditions de recours ont été notablement élargies en 2016 puisqu'alignées sur celles de la procédure avec négociation, elles-mêmes étendues par rapport à la directive antérieure. On peut toutefois noter un paradoxe pour les entités adjudicatrices qui peuvent recourir librement à la procédure négociée mais pas au dialogue compétitif.

L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, c'est-à-dire l'ordonnance sur les contrats de partenariat évoquait, à propos du dialogue compétitif, la « discussion » et non la « négociation ». La référence à la discussion semblait ainsi marquer la différence affirmée entre dialogue compétitif et procédure négociée puisque le choix avait finalement été fait au niveau européen, après un premier projet contraire, de ne pas faire du dialogue compétitif une variante de la procédure négociée. En fait, il n'y a pas vraiment de différence avec la négociation, comme a pu le démontrer le professeur Richer il y a plusieurs années, puisqu'on « négocie » même davantage encore dans le dialogue compétitif. Si le terme « discussion » a disparu des textes relatifs au dialogue compétitif à compter du décret du 25 mars 2016, il est toujours fait référence au fait que « tous les aspects du marché peuvent être discutés » (CCP, art. R. 2161-26), et pas seulement pour les marchés de partenariat.

On le voit, la formule se veut large et il y a probablement là le premier facteur explicatif du sentiment de liberté renforcée dans la « discussion » qui s'engage en dialogue compétitif. Mais le facteur probablement le plus décisif tient à l'exigence d'un « simple » programme fonctionnel (CCP, art. 2161-24) et non d'un cahier des charges. Même si, en théorie, il est possible de définir ses besoins par

6. CE, 28 juill. 1999, n° 186051, Institut français de recherche scientifique pour le développement en coopération et société OCEA : Lebon (un catamaran n'est pas une variante au sens du CCTP).

7. CE, 21 juin 2000, n° 209319, Synd. intercommunal de la côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise.

8. CE, 21 févr. 2014, n° 373159, Sté Dalkia ; JCP A 2014, act. 236 ; Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 111.

9. CJCE, 5 oct. 2000, aff. C-337/98, Comm. c/ France.

10. CE, 24 mai 2017, n° 407431, Sté SAUR ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 194.

référence à des exigences fonctionnelles pour toutes les procédures de passation, la référence au programme fonctionnel dans le dialogue compétitif implique une définition fonctionnelle du besoin pour tout dialogue compétitif, alors que la pratique du cahier des charges dans les marchés publics – puisque le cahier des charges n'est plus exigé par la lettre du texte du Code de la commande publique que pour les concessions – conduit à réduire l'espace de négociation.

La liberté de discuter pourrait, en théorie du moins, s'expliquer par un troisième facteur de différenciation d'avec la procédure négociée. En dialogue compétitif, les candidats font des « propositions » et non des « offres », ce qui en première analyse peut signifier que ces propositions ne sauraient être assimilées à des sollicitations, c'est-à-dire des offres qui engagent les candidats. ? Ils auraient donc tout loisir d'y revenir. Toutefois, deux éléments rédactionnels peuvent conduire à assimiler les deux procédures de ce point de vue : la référence au fait que les candidats remettent leur offre « finale » à l'issue du dialogue peut laisser à penser qu'ils avaient déjà remis des sortes d'offres auparavant, mais surtout la possibilité offerte aux autorités contractantes de prévoir de phases de dialogues à l'issue desquelles elles peuvent éliminer des propositions en application des critères de choix des offres prouve que ces propositions engagent les candidats puisqu'ils peuvent être éliminés à l'issue d'une phase.

Si on ne trouve aucune limitation quant aux exigences minimales ou à l'objet du contrat, on ne peut néanmoins s'empêcher de penser qu'il ne faut pas, là encore, que la discussion conduise à remettre en cause les conditions initiales de concurrence, même si la nature même de la procédure et, en particulier, la présence d'un simple programme fonctionnel rend cette limite largement théorique.

Mais dans l'une comme dans l'autre des procédures, il semble bien que différents facteurs conduisent à ce que la volonté des autorités contractantes reste prépondérante, la formule du doyen Péquignot demeurant partiellement vraie.

2. Une volonté des autorités contractantes qui reste prépondérante

5 - Plusieurs explications de cette prépondérance peuvent être avancées, tout comme plusieurs solutions pour contrecarrer certains effets pervers de cette prépondérance.

A. - Les raisons de la prépondérance de la volonté « publique »

6 - Par volonté publique, on entend viser celle des autorités contractantes, quand bien même le contrat de la commande publique en résultant serait de droit privé. Il semble bien en effet que le périmètre de la négociation soit réduit en pratique pour tous les contrats de la commande publique soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence, ainsi qu'il résulte du second rapport de la Chaire de droit des contrats publics.

Pour le professeur Jean-Marc Mousseron, la négociation consiste d'abord en pourparlers qui « ont pour premier objet de permettre à chaque partie de définir son projet de contrat et de le faire connaître à l'autre »¹¹. Mais ce professeur de droit privé avait probablement en tête des contrats de droit privé non soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence.

Or, en matière de marchés publics voire de concessions, la rédaction du projet de contrat est faite par la personne publique. En théorie, ce n'est pas une cause de réduction du champ de la discussion, mais cela l'est en pratique dès lors qu'il est peu probable que l'autorité contractante autorise de discuter de toutes les clauses.

Par ailleurs, si le respect du principe d'égalité ne devrait pas avoir d'influence sur l'objet de la discussion, ce principe peut paradoxalement conduire à une restriction de la concurrence puisque les discussions doivent être menées de manière égale : or, laisser ouvert à la discussion tous les aspects du contrat conduit mécaniquement à une procéduralisation trop chronophage. Il en va de même du principe de transparence qui implique de consigner les étapes de la procédure, ce qui incite là encore à réduire le champ de la discussion. Enfin, le troisième facteur limitant *de facto* la discussion tient au respect du secret industriel et commercial entourant le savoir-faire des candidats qui poussent les autorités contractantes à ne pas se mettre trop en risque de ce point de vue.

On pourrait aussi s'interroger sur la liberté, reconnue par les textes, de ne pas négocier si cette faculté est annoncée aux candidats. Cela revient à admettre qu'une procédure avec négociation puisse se faire sans négociation. Au-delà de l'oxymore, cette faculté de ne pas négocier présente néanmoins des vertus, ne serait-ce qu'en termes de réduction des prix comme le met en avant la fiche technique de la DAJ sur la procédure avec négociation. Encore faut-il que la négociation, si elle a lieu, ne porte pas que sur les prix, faute de quoi il y aura nécessairement des difficultés d'exécution.

On doit toutefois noter qu'en dehors de ce cas particulier, il existe une vraie obligation de négociation. Une cour administrative d'appel a pu dire qu'une collectivité publique « ne peut, sans méconnaître ses obligations de mise en concurrence, se borner à demander aux candidats avec lesquels elle a choisi de négocier certaines précisions ou compléments d'information de tous ordres sans les inviter à lui faire des propositions d'ordre technique, juridique, économique ou financier, leur permettant, le cas échéant, d'améliorer leur offre par rapport aux autres candidats »¹².

B. - Solutions permettant de contrecarrer les effets négatifs d'une discussion réduite

7 - Que la discussion soit insuffisante, même dans les procédures propices à la discussion, cela peut se démontrer par un seul exemple topique. Dans le cadre de la consultation publique sur les nouveaux CCAG, une fédération professionnelle a souhaité que les personnes publiques justifient des dérogations qu'elles entendent apporter aux CCAG par les CCAP. On peut s'en étonner tant ce genre d'obligation pousserait à ne pas modifier le CCAG et donc n'inviterait pas à la discussion. On peut y voir l'aveu de ce que les opérateurs économiques sont empêchés de discuter de certains aspects des marchés publics et, sans doute, de certaines concessions aussi. Mais cette insuffisance de la discussion ressort aussi clairement des interviews et du sondage en ligne que la Chaire a mené pour son second rapport, émanant non seulement des entreprises mais aussi des autorités contractantes.

Les effets négatifs d'une discussion réduite ont été analysés dans ce même rapport de la Chaire, disponible sur son site internet, auquel il est renvoyé. On peut simplement signaler qu'il s'agit là d'une des causes récurrentes de difficultés d'exécution d'après de nombreux participants au sondage, y compris pour des clauses dont les candidats identifient immédiatement les effets conflictuels voire « contentieux » sans pouvoir (ou vouloir) attirer l'attention des autorités contractantes sur celles-ci ; or, il n'existe pas en droit français, contrairement au droit portugais, d'obligation pour les candidats de signaler toute clause incohérente ou contradictoire faute de quoi ils devront assumer les conséquences financières pour moitié en cas de mise en œuvre des dites clauses, de sorte qu'il arrive à des entreprises de signer des contrats dont elles savent qu'ils conduiront à des litiges.

11. J.-M. Mousseron, *Technique contractuelle* : Éd. Francis Lefebvre, 1999, n° 35.

12. CAA Marseille, 4 juin 2013, n° 12MA02775, *Communauté de cnes l'Enclave des Papes*.

Face à cette insuffisance de la discussion, plusieurs solutions pourraient être envisagées.

La première consisterait à imposer une obligation de tout discuter en procédure négociée comme c'est déjà le cas en dialogue compétitif. Cela serait sans doute aller trop loin et pousser même à utiliser encore plus l'appel d'offres en raison des contraintes de transparence et d'égalité mentionnées plus haut, ce qui serait clairement contreproductif. Aussi pourrait-il être plutôt posé un principe de liberté de la négociation sauf mention de clauses qui ne sont pas négociables, sachant que cela pourrait tout à fait faire l'objet d'une évolution en cours de discussion.

L'autre solution, complémentaire, pourrait consister à inciter à utiliser davantage le sourcing. On est ici dans « *l'avant-avant contrat* ». Or, un tel sourcing n'est pas du tout inutile, même en procédure négociée, bien au contraire puisqu'il permet de gagner du temps au stade de la discussion lors de la passation. Il résulte néanmoins des enquêtes de terrains que la pratique du sourcing fait encore peur, eu égard au risque de favoriser un candidat, de sorte qu'il conviendrait de l'encadrer davantage.

Enfin, la prépondérance du critère du prix peut conduire à ne pas suffisamment inciter à la négociation sur les aspects techniques ou

contractuels. Là encore, il conviendrait de mettre en place des mécanismes fortement incitatifs de réduction du poids du critère financier.

De manière plus générale, on peut se demander s'il ne conviendrait pas de rendre le recours à la procédure négociée et au dialogue compétitif libres. Même si les conditions de recours sont de nos jours largement entendues, il reste qu'elles associent ces procédures à une certaine suspicion puisqu'elles ne sont pas de droit, comme si elles étaient entachées d'un vice structurel.

Si le professeur Marcel Waline a pu dire que le contrat administratif est un accord de volontés entre personnes inégales, cette inégalité s'étend à la discussion même dans les procédures de passation pourtant propices à celle-ci. Il y a certainement de bonnes raisons, à commencer par le fait que le droit de la commande publique est un droit de la demande et non un droit de l'offre et que les autorités contractantes sont garantes de l'intérêt général. Il reste que davantage de discussion entre les parties devrait être de nature à « mieux » contracter, pour, au final, mieux servir l'intérêt général que la plupart des contrats de la commande publique portent en eux. ■

MOTS-CLÉS : Contrats / Commande publique - Discussion

2340 Le contenu de la discussion dans les procédures négociées et le dialogue compétitif (2)

Alexandre MOREY,
directeur juridique adjoint de la société TELT

La nature juridique particulière de TELT. – Tunnel Euralpin Lyon Turin est une société par actions simplifiées de droit français. Selon les statuts de la société TELT signés le 27 juin 2016, le capital social de TELT est constitué d'actions détenues à parts égales par la France et la société nationale de droit italien *Ferrovie dello Stato italiane S.p.a* dont l'État italien est l'associé unique.

La société TELT a son siège social en France, au Bourget-du-Lac, et son siège technique en Italie, à Turin. TELT est qualifiée juridiquement de promoteur public, avec pour mission principale de réaliser la section internationale transfrontalière de la nouvelle liaison ferroviaire mixte marchandises-voyageurs entre Lyon et Turin. Aux termes de l'article 2 de l'accord franco-italien du 30 janvier 2012, publié au journal officiel de la République française par un décret du 4 septembre 2014, la « section internationale » comprend l'ensemble des ouvrages, installations et équipements ferroviaires construits et à construire entre Saint-Didier-de-la-Tour et le nœud ferroviaire de Turin. Elle est composée :

- d'une partie française entre les environs de Saint-Didier-de-la-Tour et les environs de Montmélian,
- d'une partie commune franco-italienne, entre les environs de Montmélian, en France, et de Chiusa S. Michele, en Italie,
- ainsi que d'une partie italienne, des environs de Chiusa S. Michele au nœud de Turin.

Dans ce cadre, TELT se voit confier la direction stratégique et opérationnelle de l'ouvrage, et la responsabilité de garantir la qualité, la traçabilité, l'impartialité et la cohérence des travaux, la performance de l'ouvrage et le respect du calendrier et du budget alloué à l'opération, ainsi que la prise en compte de la sécurité. TELT est seule responsable de la conclusion et du suivi de l'exécution des contrats que nécessitent la conception, la réalisation et l'exploitation de la section transfrontalière de l'ouvrage. Les travaux d'interconnexion ferroviaire rendus nécessaires sur les réseaux ferroviaires nationaux français et italiens relèvent naturellement de la compétence des gestionnaires d'infrastructure historiques, à savoir SNCF Réseau côté français et Rete Ferroviaria Italiana côté italien.

TELT, qui est désignée comme une entité adjudicatrice au sens des Directives Marchés (article 6.1 de l'accord de 2012), peut également être qualifiée d'organisme international. En effet, elle doit sa création à sa qualité de promoteur public de la nouvelle liaison ferroviaire mixte marchandises-voyageurs entre Lyon et Turin en application de l'article 6 de l'accord franco-italien du 30 janvier 2012. L'article 6.4

de cet accord franco-italien stipule que la composition du conseil d'administration du promoteur public est paritaire entre les deux États. Le directeur général et le directeur administratif et financier sont nommés par l'État italien. Le président du conseil d'administration, le président de la commission des contrats et le président du service permanent de contrôle sont nommés par l'État français. Le directeur général est assisté par un directeur juridique qui est nommé par l'État français. Le caractère binational de TELT fait partie intégrante de son projet d'entreprise, et on retrouve cette bi-nationalité au sein de l'ensemble des directions, en ce compris la Direction juridique, composée paritairement de juristes français et italiens.

Un régime juridique d'exception. – TELT obéit à un régime juridique d'exception dans la mesure où ses missions ont été définies par plusieurs accords internationaux, notamment les accords de 2012¹ et de 2015². L'accord de 2012 faisait suite à un accord de 2001 qui posait le principe des études pour la réalisation du tunnel de base, d'une longueur de 57,5 km (dont 45 km en France et 12,5 km en Italie) et constitué de deux tubes à voie unique, qui reliera les gares internationales de Saint-Jean-de-Maurienne et de Suse. Le Protocole additionnel à l'accord de 2015, signé le 8 mars 2016 à Venise, fixe le coût certifié de l'ouvrage, les principes de financement associés, et met en œuvre un système unique de prévention des infiltrations mafieuses et de lutte contre la criminalité organisée. Un « Règlement des contrats conclus, approuvés ou autorisés par le promoteur public pour la réalisation de la nouvelle liaison ferroviaire Lyon-Turin », dispositif assez exceptionnel au plan international, permet à TELT de disposer d'une cellule anti-mafia en interne qui s'appuie sur une structure anti-mafia binationale composée des préfets des régions du Piémont et d'Auvergne-Rhône-Alpes. Chaque opérateur économique qui souhaite travailler pour TELT, et ce dès le premier euro, doit être inscrit sur une « liste blanche ». Ce dispositif ne se substitue pas au Code de la commande publique, mais vient le compléter. Un opérateur économique qui aurait passé toutes les étapes d'une procédure de passation au titre du Code de la commande publique pourrait se voir refuser l'attribution du marché au motif que son inscription sur la

1. Accord du 30 janvier 2012, ratifié par la France par la loi n° 2013-1089 du 2/12/2013 et par l'Italie par la loi n° 71/2014.

2. Accord du 24/2/2015 ; « Protocole additionnel avec annexe » du 8/3/2016 ; « Règlement des contrats (AMF) » du 7/6/2016, tous ratifiés par la France par la loi n° de 2017-116 du 1/2/2017 et par l'Italie par la loi n° 1/2017.

liste blanche a été refusée. Un opérateur économique peut solliciter volontairement une inscription sur la liste blanche sans être candidat à un appel d'offres de TELT, mais dès lors qu'un opérateur économique est candidat, cette inscription est obligatoire. Par ailleurs, cette inscription est annuelle et renouvelable, et la non-inscription ou la radiation par la structure anti-mafia au titre d'une année peut conduire à une résiliation du contrat sans indemnité. Ce dispositif exceptionnel, inspiré de ce qu'a mis en place l'État italien, a aussi une contrepartie, qui est la soumission de l'ensemble des contrats de travaux, services et fournitures conclus par TELT au droit public français. Si bien que tous les contrats passés par TELT pour l'exécution de ses missions, que ce soit du côté français ou italien, relèvent du Code de la commande publique français. La seule exception permettant l'applicabilité du droit italien porte sur les contrats sans lien direct avec la conception, la réalisation, ou l'exploitation de l'ouvrage et qui ne doivent s'exécuter que sur le territoire italien.

Il s'agit là d'un point essentiel car quand on parle de discussion, il y a un déséquilibre naturel entre la parole du maître d'ouvrage et celle des opérateurs économiques. Ce déséquilibre se trouve amplifié avec des opérateurs économiques qui ont à prendre en considération un droit qu'ils ne maîtrisent pas naturellement. Après avoir attribué les trois plus grands contrats de travaux côté français, pour plus de 3 milliards d'euros, TELT va attribuer les principaux contrats de travaux côté italien d'ici un an. Ce seront des marchés de travaux exécutés en Italie, mais régis par le droit français, si bien que les entreprises auront à répondre à un marché qu'elles exécuteront sur le territoire italien selon la réglementation d'un pays tiers. C'est un élément très important quand on parle de discussion, d'autant que la discussion est très importante pour nous tant au niveau interne qu'externe. Nous la considérons comme un outil essentiel de compréhension réciproque vis-à-vis non seulement de nos maîtres d'œuvre, mais plus encore de nos partenaires contractuels, notamment les entrepreneurs de travaux. Et cet outil de compréhension réciproque ne doit ni être un outil de coercition, ni un outil de compromission. Pourquoi parlé-je de compromission ? Parce que si, dans les accords internationaux, la primauté du droit communautaire est clairement identifiée, celle-ci se traduit sur un plan opérationnel avec l'application du droit public français. On peut considérer que la transposition des directives marchés est identique des deux côtés de la frontière, mais il y a des exceptions. Parmi ces exceptions, l'une est liée à l'importance de la culture juridique antimafia italienne : au titre de l'article 29 du *Codice degli appalti pubblici*, qui est l'équivalent du Code de la commande publique français, il y a une obligation de transparence absolue sur l'intégralité des discussions et négociations dans toutes les procédures de passation. À titre d'exemple, une procédure de passation en Italie implique que toutes les discussions doivent être écrites, enregistrées. Elles sont transmises à la banque nationale de données des conversations et des discussions laquelle est régie par l'Association nationale anti-corruption (ANAC), qui n'a pas d'équivalent en France puisque cela pourrait être assimilé à un « mix » entre le procureur de la République, l'Autorité de la concurrence (AdC) et l'Agence française anti-corruption (AFA). Ainsi, l'ANAC enregistre toutes les discussions de toutes les procédures et contrôle le contenu de ces discussions. Ce témoignage opérationnel me semblait essentiel par rapport à ce qui vient d'être dit, notamment sur le contenu des discussions. En effet, la première question que nous nous posons lorsque nous entamons une procédure négociée est la suivante : qu'avons-nous le droit de négocier ? Dans la culture juridique italienne, la peur de l'erreur procédurale est beaucoup plus marquée qu'en France, parce que dès lors que je vais discuter, en tant qu'acheteur public, je sais que chaque mot que je vais prononcer, de même que chaque mot que l'opérateur économique avec qui je négocie prononce, sera écrit et transmis à l'ANAC. Encore une fois, cette obligation de transpa-

rence a des vertus et des conséquences potentielles qu'il convient de ne pas négliger.

Le besoin de discussion est intrinsèquement lié à la complexité de la réalisation de l'ouvrage. – Au-delà du fait que nous sommes une entité adjudicatrice, nous sommes aussi le gestionnaire d'infrastructure, ce qui fait de TELT l'équivalent de Getlink pour le tunnel sous la Manche, puisque la mission de TELT est liée, non seulement à la réalisation, mais encore à l'exploitation de l'ouvrage. Le besoin de discussion est complètement lié au caractère exceptionnel et à la complexité de l'ouvrage. Cette spécificité pose des problèmes techniques et juridiques importants qu'il nous faut anticiper, et donc obligatoirement discuter.

La discussion apparaît comme essentielle à chaque étape du processus d'achat. – Dès lors, la discussion est, pour nous, essentielle à chaque phase de la procédure et je rejoins ce qui a été dit : la discussion démarre dès le *sourcing*. Elle se poursuit dans le cadre de la définition du besoin, évidemment sur l'intégralité des stipulations que nous souhaitons négocier et même au cours de l'exécution ou en cas de conflit, car le conflit peut générer une discussion.

La procédure avec négociation est, sauf exception justifiée par une urgence opérationnelle impérieuse, systématiquement choisie. – Pour nous, la procédure négociée est naturelle, car nous pouvons y recourir librement en tant qu'entité adjudicatrice. Mais nous intégrons systématiquement dans nos MAPA une clause qui nous permet de ne pas négocier. Cette clause n'est déclenchée qu'en cas d'urgence opérationnelle. Parce que parfois, en raison d'un événement extérieur, le planning prévisionnel de la procédure de passation est impacté. Dès lors, il nous sera nécessaire, sur un plan opérationnel, de limiter la durée de la procédure et de devoir se priver de la négociation. Mais ceci ne joue, pour l'instant, qu'en théorie : nous ne l'avons jamais fait, mais nous nous laissons la liberté de le faire.

Discussion et Best value. – Si je n'ai pas vraiment d'éléments de réponse pour savoir si l'appel d'offres est inflationniste, je peux tout de même dire que la négociation ne nous semble pas l'être. Ainsi, les discussions liées à la négociation nous permettent dans l'extrême majorité des cas d'arriver au plus près de l'estimation prévisionnelle. C'est un point important lié au débat sur les offres anormalement basses. On peut être confronté à une problématique d'offre anormalement basse simplement parce que l'estimation de base est erronée et la discussion permet de comprendre qui, dans toute la chaîne des acteurs (opérateur, acheteur, AMO, Moe...), a pu commettre une erreur, ce qui prouve bien que la discussion est absolument essentielle.

Contenu de la discussion. – À mon sens, la discussion doit être consacrée dans son principe et non dans son contenu. Une définition du contenu, très précise, risque de faire craindre à ceux qui discutent de s'écarter de la norme, ce qui causerait des difficultés opérationnelles non négligeables. En effet, encore faut-il que l'acheteur qui négocie soit en mesure de le faire. Par exemple, nous sommes, sur le plan organique, un petit maître d'ouvrage en termes d'effectifs car les accords internationaux nous limitent à 200 personnes. Si bien que la composition des commissions d'appel d'offres, pour l'intégralité des contrats, ne permet pas toujours de mobiliser des personnels qui ont les compétences nécessaires pour participer à un processus de discussion d'une rare complexité. Et lorsqu'une personne ne maîtrise pas totalement un tel processus de discussion, il apparaît difficile d'engager une discussion de qualité. D'où l'intérêt d'avoir un maître d'œuvre, ou tout du moins une expertise spécifique, à ses côtés qui peut palier à ces lacunes et garantir la qualité de la discussion.

Discussion et conflit. – Sur le recours à la discussion lors d'un conflit, un mémoire en réclamation peut générer une discussion car on peut avoir des difficultés d'exécution classiques dans un marché de travaux, avec des opérationnels qui ne s'entendent plus. Dans ce cas, le mémoire en réclamation peut être un outil permettant de changer de niveau, de basculer sur un aspect plus juridique certes, mais qui peut

permettre de renouer un dialogue : il ne faut pas évacuer la notion de discussion au stade de la réclamation.

MOTS-CLÉS : *Contrats / Commande publique - Discussion*

2341 Le contenu de la discussion (3)

Jean GRATALOUP,

modérateur,

directeur juridique du conseil départemental des Bouches-du-Rhône

1^{re} thématique. – De quoi parle-t-on ? De quoi peut-on parler ? Que discute-t-on à l'occasion d'une négociation ? Ou d'un dialogue compétitif ?

Nos échanges lors des ateliers de la veille ont été axés autour des procédures permettant la négociation.

Mais à titre liminaire, on peut relever que la discussion dans une procédure permettant la négociation va permettre d'apprendre à connaître ce qui pourrait être un futur partenaire, avec qui on va s'engager dans un contrat pendant un certain nombre d'années. Cette phase du processus de négociation, impossible en procédure type appel d'offres, est très importante notamment pour les marchés de prestations intellectuelles (marché de formations par exemple).

Cela étant précisé, l'objet de la discussion va dépendre toute d'abord des motifs permettant le recours à la procédure négociée.

Dans la procédure négociée sans publicité, ni mise en concurrence en raison d'une exclusivité ou d'une contrainte technique, il est certain que la discussion va souvent être réduite, le futur prestataire étant naturellement en position de force.

Dans la procédure concurrentielle avec négociation, c'est le fondement même de ces procédures qui va guider l'objet de la discussion (recherche de solutions innovantes, complexité, éléments de conception...).

Dans le dialogue compétitif, il s'agira de développer des solutions de nature à répondre aux besoins de l'acheteur. Là, il est permis d'aller encore plus loin dans l'objet de la discussion, puisqu'on est en présence d'une véritable co-construction de l'offre pour répondre aux besoins de l'acheteur. La discussion peut même avoir des vertus dans la mesure où le candidat peut exprimer sa vision sur le contrat et sur certains de ses aspects.

Mais tous les intervenants se sont accordés à dire que c'est dans le marché à procédure adaptée que la discussion atteint sa plénitude. Tout semble pouvoir être discuté, à savoir l'ensemble des éléments du contrat et notamment les conditions d'exécution. Il a même été indiqué que certains acheteurs essayaient de rechercher tous les moyens pour entrer dans le seuil des MAPA et ainsi négocier.

Pendant longtemps, la discussion se cristallisait sur le prix et des échanges écrits très formels. Il n'existait pas vraiment d'acheteurs au sein des pouvoirs adjudicateurs disposant des compétences pour tenir la discussion.

Aujourd'hui, les acheteurs sont plus à même de négocier, ils sont mieux formés. Toutefois, il existe encore des réticences de certains services techniques de maîtres d'ouvrages à discuter, à négocier, considérant que cela n'apporte rien car c'est sans lien avec ce qui se passera sur le terrain. Qui plus est, la phase de discussion peut être vue comme un allongement inutile des délais de la procédure.

2^e thématique. – La discussion est-elle un remède efficace face aux imperfections du projet de contrat ?

Chacun s'est accordé à dire que la discussion va permettre de remédier aux imperfections du futur contrat, éviter certaines incompréhensions qui pourraient engendrer des difficultés d'exécution, voire parvenir à un consensus.

Toutefois, toutes les imperfections ne peuvent être purgées au stade de la négociation et d'autant plus s'il s'agit de toucher à des éléments substantiels du futur contrat.

En fait, l'écueil serait de considérer que la négociation est un moyen de combler les lacunes de la définition du besoin par l'acheteur alors qu'elle doit surtout permettre d'optimiser les offres.

Aussi, la définition du besoin par l'acheteur demeure fondamentale pour donner tout son sens à la discussion.

En outre, il faut trouver le juste équilibre entre un projet de cahier des charges trop léger qui va placer l'opérateur économique, candidat, en position de force lors de la discussion et à l'inverse, un projet de contrat trop fermé qui ne permettra pas d'optimiser le contrat et videra tout intérêt à la discussion.

3^e thématique. – La discussion permet-elle d'obtenir la meilleure prestation au meilleur prix ?

Réflexion immédiate des participants : mais qu'est-ce que le meilleur prix ? Et pour qui ? Ne doit-on pas raisonner plutôt en rapport coût/qualité ?

Cela reste marginal mais on peut observer à l'issue de certaines négociations une offre financière revue à la hausse parce que le candidat a dû intégrer à son offre des exigences ou des contraintes techniques du contrat qu'il n'avait pu percevoir avant la discussion.

Autre approche, dans les procédures de délégation de service public, la discussion va permettre d'évaluer les risques pour rechercher l'équilibre économique du contrat et le prix acceptable pour l'utilisateur.

La discussion devrait donc permettre de rechercher l'optimisation du contrat, une meilleure rencontre entre l'offre et la demande.

Une des difficultés mise en avant est que le respect des principes de la concurrence par les personnes publiques et notamment l'égalité d'accès et la transparence exige de fixer un cadre préalable avant la négociation. Dès lors, il sera délicat par la suite de sortir de ce cadre lors de la discussion, toujours pour ces mêmes raisons de respect de ces principes de concurrence.

Également, le risque d'un mauvais cadrage, c'est de partir sur des discussions sans fin et stériles allongeant inutilement la procédure pour un résultat qui ne satisfait ni le pouvoir adjudicateur ni l'opérateur économique candidat. *A contrario*, des représentants d'entreprises regrettent que les pouvoirs adjudicateurs cadennassent le champ de la négociation. De fait, les points objets de la discussion ou qui pourraient faire l'objet de discussion sont insuffisamment exploités.

En conclusion, l'intérêt de la discussion ne serait-il pas la recherche d'un juste équilibre entre :

- une bonne définition du besoin ;
- le cadrage de la négociation et donc des points de discussion sans la verrouiller ;

- la compétence des parties négociatrice.

MOTS-CLÉS : *Contrats / Commande publique - Discussion*

2345 La méthodologie de la discussion (1)

Pierre-Antoine ROHAN,
responsable juridique FIN INFRA

S'interroger sur la discussion dans les contrats publics est relativement rare, mais s'interroger sur la méthodologie de cette discussion est, sauf erreur, un exercice inédit.

Il faut remercier le professeur Lichère et la Chaire des contrats publics pour s'intéresser enfin à ce sujet qui souffre peut-être de son caractère *a priori* peu juridique. Nous verrons que ce n'est en réalité qu'une apparence. La définition des contours de la méthodologie est en réalité cruciale pour envisager en pratique la réalité et l'avenir de la discussion dans les contrats publics.

J'aborderai ce sujet sous l'angle pratique de l'exécution des contrats de construction en m'appuyant sur quelques exemples issus de mes expériences professionnelles et notamment la dernière d'entre elle en tant que responsable juridique au sein de la mission d'appui au financement des infrastructures¹.

1 - D'emblée, il faut préciser que la discussion est indispensable au cours de l'exécution des contrats publics. La théorie économique des contrats incomplets nous apprend qu'on ne peut pas imaginer un contrat qui envisage toutes les contingences qui peuvent survenir au cours de son exécution². Cette incomplétude est finalement le prolongement nécessaire de la théorie de l'asymétrie d'information et donc n'est pas nécessairement la conséquence d'une carence de la personne publique dans la rédaction du contrat.

Dès lors, pour combler les lacunes du contrat (voire plus simplement pour faire vivre le contrat) la discussion est absolument nécessaire et cela s'amplifie à mesure que les contrats portent sur des objets de plus en plus complexes ou sur une durée plus longue (notamment par ex. dans le cas des marchés globaux de performance).

2 - En premier lieu, pour déterminer une méthodologie de la discussion il semble qu'il faille déterminer ceux qui vont pouvoir parler la langue du contrat et, en opposant leurs points de vue, s'accorder ou tenter de s'accorder.

Beaucoup de choses ont pu être dites sur cette figure devenue centrale qu'est le *contract manager*. C'était souvent pour dire que le *contract manager* pouvait être une solution unique pour pallier les défauts de suivi contractuel des parties. Je pense toutefois que se limiter à évoquer celui-ci comme réponse unique aux besoins de discus-

sions procède d'un raisonnement finaliste. Il me semble que le besoin premier des parties pour permettre la discussion est essentiellement un besoin documentaire. C'est-à-dire un besoin de retracer précisément les événements du contrat et d'en garder une trace. Les exemples ne sont pas rares de personnes publiques qui perdent véritablement la mémoire de leurs contrats et des raisons précises ayant justifiées telles ou telles modifications de ceux-ci. Il y a des exemples où les conseils des personnes publiques ont plus d'archives contractuelles que les autorités contractantes elles-mêmes.

S'agissant des opérateurs, certaines réclamations ou demandes de rémunérations complémentaires montrent bien que certains sont véritablement démunis – du point de vue documentaire – pour démontrer la réalité de leur préjudice.

Il y a pour les parties un besoin critique de transmettre les informations au cours des trois phases de la vie du contrat que sont la passation, l'exécution et le contentieux. En pratique, on constate que ces passages d'information sont fréquemment défailants (indistinctement chez les autorités contractantes ou chez les opérateurs). Dès lors, il faut s'interroger sur les modalités pratiques de cette gestion documentaire. Cela peut-être une fonction du *contract manager* mais à l'évidence ce rôle de connaissance du contrat et de suivi documentaire précède largement sa désignation.

En outre, se focaliser sur l'intervention du *contract manager* méconnaît une réalité cruelle des contrats de construction : le nombre de volontaires pour s'investir dans un dossier de réclamation ou un dossier contentieux est relativement faible quand on le compare, par exemple, au nombre de personnes impliquées dans les phases de passation ou d'exécution.

Il faut donc s'intéresser non pas au titre ou la fonction de la ou des personnes de bonne volonté qui voudront bien s'investir dans cette réclamation ou ce contentieux mais bien à leur capacité d'appréhender l'intégralité des aspects technique, juridique et financier du dos-

1. Cette communication est toutefois personnelle et n'engage pas la mission d'appui au financement des infrastructures. Pour une présentation de ce service à compétence nationale rattaché à la direction générale du Trésor, V. P. Guillot, *L'intervention de la mission d'appui au financement des infrastructures*, in *L'intervention des tiers dans les contrats administratifs*, Vincent Bouhier (ss dir.), collection *Colloques & Essais*, édité par L'institut Franco-Phone pour la Justice et la Démocratie : LGDJ – Lextenso éditions, p. 33.

2. V. par ex., J. Beuve et S. Saussier, *Renegotiations and Renewals of Public Contracts*, document de travail du 14 avril 2021 disponible sur le site de la Chaire EPPP (www.chaire-eppp.org).

sier. Ce qui doit compter c'est par exemple la capacité du juriste à comprendre et à expliquer une contrainte technique et en caractériser les conséquences du point de vue contractuel.

Il faut donc pour ce juriste franchir la barrière des espèces et acquérir de nouvelles compétences. On peut citer à cet égard, l'exemple des universités anglaises qui délivrent des Masters of Science en droit de la construction et qui forment au sens d'un même diplôme des ingénieurs, des architectes et des juristes³.

Pour discuter il faut des représentants des parties aux parcours hybrides (à la croisée du juridique et du technique) qui parlent la langue du contrat et sont capables d'analyser l'ensemble des problématiques d'un contrat.

3 - En deuxième lieu, il me semble que l'on discute trop tard. Cela peut s'expliquer par le fait que le contrat administratif permet à la personne publique d'exécuter et faire exécuter son contrat de manière unilatérale et qu'en outre le contentieux administratif de l'exécution du contrat administratif est, le plus souvent, déconnecté de la temporalité des projets et strictement concentré sur les aspects indemnitaires⁴. Les parties réservent donc la discussion à la discussion de la réclamation ou à la discussion pour mettre fin à une action contentieuse.

Ce principe contraste largement avec certains exemples étrangers de contentieux contractuels. On peut citer à cet égard, la procédure d'*adjudication* applicable aux contrats de construction anglais^{5,6}. Il est admis, dans ce cadre, que cette procédure d'*adjudication* ne vise pas à déterminer de façon définitive l'étendue des droits des parties mais seulement à permettre aux parties d'avoir accès, à tout moment, à un mécanisme rapide de décisions obligatoires mais non définitives qui s'intègrent dans le cadre normal du contentieux⁷. Instituée par la loi, le recours à ce dispositif est un droit pour les parties à un contrat de construction.

Quelques exemples français existent principalement dans les sous-contrats privés des projets d'infrastructures (la LGV Tours-Bordeaux ou le Tunnel sous la Manche)⁸. Cette technique de résolution des différends est une méthode très éprouvée dans le cadre des projets d'infrastructures et permet (i) d'assurer la continuité des projets même en cas de différends importants (ii) réduit les réclamations opportunistes de fin de chantier et (iii) plus largement permet le respect des calendriers de réalisation⁹.

L'introduction en droit administratif français d'une telle possibilité est fréquemment évoquée pour restaurer une temporalité de dialogue plus cohérente avec les contraintes du projet¹⁰. Il pourrait être fait appel à ce tiers ou à un comité de règlement des différends à tout moment au cours de l'exécution du contrat. La décision serait rendue rapidement (dans un délai d'environ 30 jours) et serait contraignante

mais pas définitive en tant qu'elle pourrait faire l'objet d'un recours juridictionnel. Cette décision serait toutefois obligatoire jusqu'à l'intervention d'une décision de la juridiction saisie.

Mais pour permettre l'usage de cette modalité de règlement amiable des litiges par les personnes publiques il paraît indispensable qu'une disposition législative puisse les autoriser à recourir à ce dispositif de décisions contraignantes même non définitives. Cette caractéristique, qui va rapprocher la mesure proposée d'une procédure d'arbitrage, implique qu'il soit dérogé à l'article 2060 du Code civil¹¹.

Mais cette seule dérogation à l'article 2060 du Code civil ne suffirait pas. Il paraît important que la loi puisse détailler plus largement le régime contentieux de ces décisions. En effet, on trouve quelques essais de calquer ce dispositif dans certains contrats de partenariat (où le recours à l'arbitrage est autorisé¹². Ainsi, par exemple, dans le contrat de partenariat relatif au contournement ferroviaire de Nîmes et de Montpellier, l'article 46.1 du contrat prévoit qu'un expert peut rendre un avis et que cet avis s'impose aux parties « à titre transitoire et provisionnel » « dans l'attente de l'intervention d'une décision juridictionnelle »¹³.

Dans le modèle international des contrats de construction, le recours à une dispositif d'*adjudication* ou de *dispute adjudication board*, suppose que le tiers en charge de cette procédure dispose d'un important pouvoir d'appréciation et de réformation des actes d'exécution du contrat.

Dans notre cas, cela revient à envisager une évolution radicale de l'office du juge administratif qui passerait d'un contentieux essentiellement indemnitaire à un contrôle contentieux qui le rapprocherait d'un administrateur du contrat. Il faudrait donc qu'une mesure législative prévoit les modalités de saisine des juridictions administratives si jamais une des parties ne se satisfaisait pas de la décision. En effet, ce qui est envisagé ici n'est finalement qu'une décision d'urgence, à caractère provisoire, qui doit permettre et favoriser la continuité du projet¹⁴. Cette disposition législative permettrait de déterminer l'étendue du contrôle qui sera opéré. Mais alors, s'agirait-il d'un contrôle entier ou *de novo* où le juge serait saisi de l'entière des faits et du droit ou d'un contrôle limité à la méconnaissance des règles d'ordre public ?

Si on suppose que le contrôle est entier, cela rendrait mécaniquement le juge administratif compétent pour connaître des mesures d'exécution dès lors que ces mesures ont été appréciées voire réformées par le tiers en charge de la procédure d'*adjudication*. Or, par une décision récente¹⁵, le Conseil d'État a écarté l'hypothèse d'un « Béziers III » qui aurait rendu compétent le juge administratif pour connaître des actes d'exécution d'un contrat public (autre que la résiliation). Dans ses conclusions sous cette affaire, le rapporteur public

3. Le premier Master of Science de ce type a été celui de King's College London suivi par la suite par de nombreuses autres universités anglaises. En France, on peut évoquer comme relevant du même modèle le Diplôme Universitaire en formation continue International Construction Contracts (I2C) de l'université Paris II Panthéon-Assas.

4. CE, sect., 24 nov. 1972, n° 84054, *Sté des ateliers de nettoyage, teinture et apprêts de Fontainebleau*.

5. *Housing Grants, Construction and Regeneration Act* (1996).

6. A. Sheppard et S. Barret-White, *Le règlement des litiges dans le domaine de la construction par voie d'« adjudication » au Royaume-Uni* : RDI, p. 129.

7. *V. le jugement de la Technology and Construction Court*, 12 févr. 1999, *Macob Civil Engineering Ltd v. Morrison Construction Ltd* [1999], BLR 93.

8. *C'est-à-dire les contrats de conception-réalisation passés par les concessionnaires avec leurs propres prestataires. V. s'agissant du Tunnel sous la Manche, Ph. Malinvaud, Réflexions sur le « Dispute Adjudication Board »* : RDI 2001, p. 215.

9. Dans certaines juridictions l'*adjudication* est toutefois réservée aux contentieux de paiement (retards ou contestations).

10. *Par ex.*, G. Armanet, *Olympic Games : is Paris 2024 less well organised and equipped in procurement than London 2012 ?* : ICLR, 2021, p. 148.

11. *L'article L. 2197-6 CCP semblant par ailleurs assez peu applicable. Plus largement sur cette question, V. L. Richer et Fr. Lichère, Droit des contrats administratifs* : LGDJ, 9^e éd., n° 607. – Et L. Richer, *Collectivité locales et modes alternatifs de règlement des litiges : identifier, organiser et résoudre le litige* : AJCT 2012, p. 237.

12. *Ord. n° 2004-559, 17 juin 2004, art. 11, l, codifiée s'agissant des marchés de partenariat à l'article L. 2236-1 CCP.*

13. *D. n° 2012-887, 18 juill. 2012, approuvant le contrat de partenariat passé entre Réseau ferré de France et la société Oc'Via pour la conception, la construction, le fonctionnement, la maintenance, le renouvellement et le financement du contournement ferroviaire de Nîmes et de Montpellier (CNM).*

14. Cette proposition serait d'ailleurs en ligne avec le droit anglais qui a créé des juridictions spécialisées pour connaître des contentieux de droit de la construction : les *Technology and Construction Courts* qui sont donc compétentes pour connaître des contentieux à la suite de la procédure d'*adjudication* (*V. S. Ribac, The development of international construction contracts and international construction arbitration principles under French and English law : a comparative perspective* : CAPJIA 2018, p. 53, n° 1).

15. CE, 15 nov. 2017, n° 402794, *Sté Les fils de M^{me} Géraud* ; JCP A 2018, 2041 ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm. 19.

Henrard, a pu estimer qu'« *il n'appartient pas au juge de se substituer à l'administration dans le pilotage de la relation contractuelle courante, à laquelle se rattachent les modifications qui peuvent affecter le contrat en cours d'exécution* ».

Inversement, si le juge administratif limitait son contrôle à la méconnaissance des règles d'ordre public, la décision rendue ne serait plus réellement provisoire mais deviendrait, en pratique, définitive. On s'éloigne alors de l'idée initiale d'une décision rendue rapidement mais par nature provisoire dans ses effets.

Cela revient à envisager une évolution radicale de l'office du juge administratif qui passerait d'un contentieux essentiellement indemnitaire à un contrôle contentieux qui le rapprocherait d'un administrateur du contrat. Il existe en effet, un motif de double insatisfaction de l'état du contentieux contractuel : tenant d'une part pour les personnes publiques, à la relative difficulté de saisir le juge aux fins d'enjoindre un cocontractant récalcitrant à exécuter ses obligations contractuelles¹⁶ et, d'autre part, pour les personnes privées à l'impossibilité de saisir un juge pour statuer sur les mesures d'exécution du contrat¹⁷.

L'introduction d'un tel dispositif par la loi, si elle est indéniablement opportune, apparaît objectivement radicale. Sans doute, de manière réaliste, faut-il espérer que le Conseil d'État puisse créer une voie de droit contre les actes d'exécution d'un contrat (naturellement assorti d'une possibilité de référé suspension).

Cet exemple contrefactuel a ses limites. Dans le cadre d'une *adjudication*, il ne s'agit pas à proprement parler de discussion (puisque cette procédure aboutit à une décision obligatoire ce ne sont pas tant les parties qui discutent qu'un tiers qui décide).

Il reste que cet exemple démontre l'ampleur des changements législatifs qu'il faudrait consentir pour envisager de mettre en œuvre un dispositif contentieux qui permettrait de réconcilier la décision obligatoire et la temporalité des projets. Ce n'est donc pas une piste réaliste pour inciter les discussions entre les parties au cours de l'exécution du contrat à court terme.

Il est toutefois remarquable de noter que, s'agissant du seul aspect de l'incitation à la discussion, des résultats significatifs pourraient être obtenus par l'introduction de deux types de clauses :

- (i) d'une part en contraignant le titulaire, à peine de forclusion, de déposer ses réclamations à différents stades d'avancement du projet. Il s'agit par exemple de contraindre d'obliger le dépôt d'un mémoire en réclamation à 25 %, 50 %, 75 % d'avancement du projet. On se rapproche alors des dispositifs de notifications contemporaines¹⁸ ou d'avance¹⁹ bien connue dans les contrats anglais et ;

- (ii) de mettre en place un comité de règlement des différends dès l'entrée en vigueur du contrat. Dans ce cas, les décisions de ce comité ne seraient certes pas obligatoires (elles ne liraient pas les parties) mais il pourrait être saisi soit dans une fonction de conseils ou d'assistance aux parties soit dans une fonction d'expertise à tous les stades d'avancement du projet.

16. Même si on doit noter l'évolution réelle des pouvoirs d'injonction du juge pour faire exécuter un contrat administratif à la demande de la personne publique (V. par ex. CE, 25 juin 2018, n° 418493, ADEME).

17. CE, 22 févr. 1924, Cne Morzine : Lebon, p. 266, mis à part la décision de résiliation (CE sect., 21 mars 2011, n° 304806, Cne Béziers).

18. *Contemporary records* : c'est-à-dire des documents rédigés au moment de l'occurrence d'un événement ou d'une circonstance qui pourrait donner lieu à une réclamation.

19. *Early warnings* : c'est-à-dire une obligation faite aux parties de notifier tout événement de nature à empêcher ou retarder la bonne exécution du contrat. Dans le modèle de contrat NEC4, le défaut de notification dans le registre peut donner lieu à une modulation des indemnités pour la partie ayant manqué à son obligation.

4 - En troisième lieu, il me semble qu'on discute mal. Cela revient à dire qu'on n'a pas réussi à créer un espace de dialogue efficace qui permet d'anticiper et de résoudre les inévitables difficultés contractuelles.

C'est aussi parce que le droit de la construction est modelé par l'idée de responsabilité et par l'office du juge. Dans cet entremêlement de responsabilités contractuelles et extracontractuelles où la personne publique n'est plus un guichet unique qui doit répondre de toutes les fautes commises par tous les intervenants à la construction de l'ouvrage²⁰, la discussion est – le plus souvent – inhibée par le risque d'engagement de responsabilité.

Ce n'est pas anormal mais cela doit nous conduire à évoquer un deuxième exemple contrefactuel issu également de la pratique anglaise : l'*alliancing*. Il n'existe pas définition détaillée de ce concept mais schématiquement il s'agit de imposer un mode de réalisation du ou des contrats fondés sur une modèle collaboratif. Cette technique contractuelle s'appuie notamment sur trois principes juridiques :

- (i) *no blame/no claim* (pas de reproche / pas de réclamation) : et partant les parties renoncent mutuellement à réclamer l'indemnisation de certains préjudices comme ceux résultants d'un retard, de travaux mal réalisés, ou d'erreurs de conception (à l'exclusion toutefois de faute intentionnelle, de manquements à certaines règles sécurité ou de droit de la propriété intellectuelle ou encore en cas de résiliation) ;

- (ii) un partage des risques mutualisé entre les parties sur le principe du *gainshare/painshare* : les gains ou les pertes sont supportés en commun entre les membres de l'alliance selon une proportion prédéterminée indépendamment des responsabilités individuelles ;

- (iii) une adaptation des règles de règlement des différends pour privilégier des systèmes de médiation en lieu et place parfois de l'*adjudication* qui est pourtant un droit pour les parties en application de la loi anglaise.

Cela démontre à nouveau l'ampleur des engagements qui sont souscrits dans certaines juridictions pour créer un espace de dialogue collaboratif entre les parties. Faut-il aller jusque-là ?

Il est permis de penser que l'approche peut paraître radicale. Finalement, la revalorisation des techniques de médiation permettrait déjà une amélioration notable des conditions de discussions entre les parties sans qu'il soit besoin de renoncer à ses droits comme dans un système aussi sophistiqué que l'*alliancing*.

En effet, bien souvent les acteurs ne connaissent pas ou connaissent mal les techniques de médiation extrajudiciaire lesquelles peuvent s'intégrer à tous les stades de réalisation du projet.

Mais il convient de préciser et détailler, le plus souvent dans un accord séparé, les conditions essentielles de cette médiation parmi lesquelles certaines questions sont souvent traitées trop rapidement. Il en va ainsi :

- (i) du caractère confidentiel des échanges et en particulier l'impossibilité de produire, les constatations voire les échanges entre les parties ne peuvent être ultérieurement invoqués ou produites dans le cadre d'une procédure contentieuses ;

- (ii) du principe du contradictoire et du formalisme des échanges. Les échanges directs entre une partie et un médiateur en dehors de la présence de l'autre partie est-elle autorisée ?

- (iii) de la représentation des parties ;

- (iv) des conditions d'impartialité et d'indépendance du ou des médiateurs. Le ou les médiateurs doivent produire une déclaration d'acceptation de la mission, de disponibilité, d'impartialité et d'indépendance dans laquelle ils font, le cas échéant, connaître par écrit les faits ou circonstances qui pourraient être de nature à mettre en cause

20. CE, 5 juin 2013, n° 352917, Région Haute Normandie : Lebon T. ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 216, note G. Eckert.

leur indépendance dans l'esprit des parties, ainsi que les circonstances qui pourraient faire naître des doutes raisonnables quant à leur impartialité.

Ce modèle pourrait être recommandé pour dépasser et réduire le risque d'interface entre les différents titulaires intervenants un même projet.

5 - En guise de conclusion, ces quelques exemples pourraient dissuader certains tenants d'un « *grand soir* » du contentieux contractuel. Il est largement possible de créer des espaces de dialogue réel et effectif à droit constant et sans renoncer, par avance, à ses droits à réclamation. Sans doute est-il possible de faire mieux et plus rapidement mais, dans une certaine mesure, la recherche d'une conformité du droit administratif français avec les apports de la doctrine et de la pratique transnationales des contrats internationaux de construction semble bien ressembler à une aventure inutile.

En creux, deux figures manquent à ce rapide tour d'horizon.

D'une part la rentabilité. En effet, il semble opportun de réserver les dispositifs évoqués aux contrats les plus longs ou aux projets les plus complexes. Il pourrait y avoir quelque chose d'assez contre-productif à imposer aux parties à tous les contrats publics des moda-

lités de discussions qui par nature vont mobiliser des moyens et partant renchérir le coût d'ensemble des projets. Les coûts de transaction sont, dans certains cas, déjà particulièrement élevés et il convient de réserver ces outils aux situations où elles seront le plus efficaces et où les moyens mobilisés seront de fait les plus rentables.

D'autre part, ce qui semble manquer dans ce panorama c'est la place qu'on pourrait donner à la prohibition des libéralités. Ce concept aujourd'hui apparaît profondément inhibiteur de toutes les tentatives d'équilibrer les modalités de discussions entre les parties à un contrat administratif. Au-delà même des notions de loyauté des relations contractuelles et de bonne foi, la redéfinition législative de ce que recouvre le principe général du droit empêchant les personnes publiques d'« être condamnées à payer un somme qu'elles ne doivent pas »²¹ ne serait-elle pas le chaînon manquant du droit des contrats publics lorsqu'il s'agit d'envisager les modalités concrètes de méthodologie de la discussion ?■

MOTS-CLÉS : Contrats / Commande publique - Discussion

21. CE, 19 mars 1971, n° 79962, Mergui.

2346 La méthodologie de la discussion (2)

Xavier DEBOSQUE,

directeur du service juridique et de la gestion contractuelle d'Eiffage Génie Civil

Tout d'abord, merci pour cette discussion du jour, puisqu'en réalité, on initie par une journée comme celle-ci, les principes d'une discussion et, je l'espère, on ébranle le langage cristallisé par la commande publique, heureusement facilité par les nouveaux outils, et notamment les CCAG.

En effet, s'agissant de la méthodologie, une fois ancrée le principe d'une discussion, il s'agit d'identifier les intervenants. Une journée comme celle-ci, organisée avec des représentants des donneurs d'ordres, des entreprises, sous le regard d'experts (professeur, magistrat) est représentative d'une discussion qui peut permettre d'aboutir, c'est-à-dire de rapprocher les parties.

La méthodologie évoquée ici vise l'exécution du contrat et se glisse entre la phase de prise d'affaire et le solde de l'opération :

- qui ? Un travail d'équipe ? ;
- le cas du groupement d'entreprises ;
- intervention du *contract manager* ;
- se former à la négociation ;
- la phase de passation ;
- l'intérêt d'un tiers dans la discussion.

Pour ouvrir le sujet de la « discussion » on s'est interrogé, comme tous les intervenants de cette journée, sur la signification de discussion. Et là, du point de vue étymologique la « *discussio* » ou le « *discutare* » renvoient vers les notions de « *secousse* » de fracasser... de dissiper.

On n'est là pas très loin d'Audiard sur les échanges entre les tons flingueurs.

Si l'on s'écarte du latin, et que l'on se rapproche du chantier, on y voit la discussion telle qu'on la pratique tous. Cette « discussion » est intrinsèque à l'exécution des marchés.

Il s'agit de communications quotidiennes :

- quelles tâches sont prévues ce jour ?
- quel temps fait-il ? quel est l'impact de la météo ?
- quelles sont les contraintes locales à court ou moyen terme ?
- est-il prévu l'intervention de tel ou tel autre intervenant et comment cela sera ordonnancé ?

- ...

C'est donc au-delà de cette culture quotidienne, que la méthodologie ici est proposée. Elle concerne les échanges relatifs à des problématiques exacerbées qui n'ont pu être réglées localement, y compris lors de **réunions de chantier...** qui sont bien, chaque semaine, le lieu de discussions.

Il faut donc tout d'abord rendre hommage aux intervenants *in situ* qui, pour la plupart, et quel que soit leur « *camp* » arrivent à résoudre

par leurs échanges de nombreuses difficultés, mais parfois l'impact, technique / coût / délai est trop lourd pour être géré localement.

Cela implique, **et c'est notre premier point**, la constitution d'une équipe.

Le préalable vise l'identification des personnes à même d'engager une discussion.

Ensuite, l'équipe devrait, du point de vue de l'entreprise être constituée de profils hybrides :

- un décideur – responsable du budget, celui qui maîtrise le budget ;
- un opérationnel, celui qui maîtrise les faits ;
- un juriste / *contract manager*, celui qui maîtrise l'environnement contractuel et réglementaire.

Dans la mise en place de l'équipe, il est essentiel de constater et de considérer si les décideurs sont réellement habilités.

Enfin, sur ce premier aspect concernant « l'équipe », il faut également prévoir de remonter les informations au fil de l'eau éventuellement auprès des propres *managers* du triptyque.

Le second point relatif aux personnes qui participent à la discussion concerne le cas du groupement d'entreprises titulaire du contrat.

En effet, sur de nombreuses opérations, les opérateurs économiques répondent en constituant des groupements momentanés d'entreprises afin de répondre aux besoins et objectifs de l'acheteur public, exprimé en phase DCE.

Lorsqu'une discussion doit être organisée entre les parties, le groupement, qui n'a pas de personnalité morale, doit s'organiser, se structurer.

Il importe alors :

- d'obtenir un consensus amont entre les membres.

Pour ce faire, il faut un comité de direction avec les intervenants habilités, pour informer du commencement de discussion, identifier le champ, l'objet de cette discussion.

Ces décisions doivent être matérialisées par un procès-verbal, un compte rendu ou un relevé de décision. Le mandataire doit à tout moment être en mesure de justifier que son mandat vise bien la discussion ;

- de considérer l'opportunité, le bien-fondé des arguments.

Cet échange préalable permet en effet de nettoyer son dossier, de l'objectiver, en passant les événements à la grille des responsabilités respectives des parties.

Cela permet, là encore, d'objectiver la position, et d'identifier la qualité, ou non, des arguments ;

- enfin, toujours sous l'angle des organes... il ne faut pas oublier que dans le champ de la discussion figure l'univers du sous-contrat.

En ce cas, on prévoit, soit une délégation de représentation, soit, on organise la discussion avec le sous-traitant sachant, en tant que spécialiste.

Le dernier point sur les participants, on peut maintenant citer l'intervention du *contract manager*.

Cette fonction, en plein déploiement, correspond à une évolution, relativement récente dans la gestion des marchés publics.

Après la gestion technique, la gestion administrative, intervient en effet désormais la gestion contractuelle.

L'idée est que le gestionnaire du contrat intervienne pour ne pas seulement rappeler les obligations, mais également les droits du « titulaire ».

Finalement d'ailleurs cette analyse du rapport « droits »/ « obligations » est bien l'objet de la discussion.

Le *contract manager* doit être pluridisciplinaire, et apporter un éclairage sur les aspects :

- technique ;
- budget du projet ;
- chiffrage des enjeux discutés ;
- qualification juridique des faits générateurs de la discussion.

APRÈS le qui, vient le temps du « comment ».

L'exercice ici vise à faire glisser la « discussion » vers la « négociation ».

Pour qu'elle soit constructive, il est absolument nécessaire de se former à la négociation, d'organiser la discussion.

Les quelques grandes lignes de la fiche préparatoire pourraient être :

- **rédiger la fiche de synthèse du dossier :**
 - noms et coordonnées des interlocuteurs privilégiés. Identifier les « mandats » de signature,
 - données caractéristiques : objet/prix/délai,
 - références légales/réglementaires/JRP ;
- **connaître le partenaire de la discussion :**
 - identifier les « mandats » de signature,
 - quelle composition du capital / de l'actionnariat,
 - comprendre ses objectifs, ses propres enjeux ;
- **connaître ses propres objectifs :**
 - fixer les zones + et les zones -,
 - fixer le seuil du « pas d'accord possible » et la zone d'accord possible (la négo sera réussie si...),
 - fixer l'échéancier souhaité de négo,
 - envisager un plan B ;
- **organisation matérielle de la réunion :**
 - qui y va / comment / pourquoi / le(s) rôle(s) de chacun,
 - programmer une réunion interne,

- envisager le cas échéant, la tenue d'une réunion préalable pour prise de contact et cadrage de l'objet,

- **ordre du jour** : Thème Objectif Participant.

La négociation doit impérativement répondre à un thème pré-défini en amont.

S'agissant de la négociation **sur les phases de passation**, les échanges de ce matin sur les procédures négociées ou les dialogues compétitifs ont été développés. L'échange, la discussion, la négociation est encadrée par le Code de la commande publique et « processé » par le règlement de la consultation.

En revanche, on doit insister sur la nécessité qu'au travers ces procédures l'acheteur public ne limite pas la réponse à ses besoins QUE sous l'angle technique.

Il importe qu'on discute :

- avance ;
- révision de prix ;
- partage des risques ;
- « *Early warning* » et information au fil de l'eau ;
- clause de règlement des différends.

C'est ici, le dernier point de cette proposition de méthodologie, à savoir, **l'intérêt d'un tiers dans la discussion.**

Depuis 2015 environ, fleurissent des dispositions contractuelles qui permettent d'avoir recours à des « *dispute board* » à la française, des comités de résolution des différends.

Ce nouvel outil représente plusieurs avantages :

- une perception à froid des sujets, sans émotion ;
- une capacité à faire avancer les parties l'un vers l'autre... c'est la mission de « *tiers facilitateur* » ;
- l'établissement de recommandations.

Pour que la mécanique fonctionne, le CRD doit être constitué dès l'origine du projet, avec une constitution « *équilibrée* » 1 + 1 = 3, chaque partie désignant son représentant qui à son tour désigne le troisième participant. Il importe également que les membres du CRD soient saisis dès avant l'existence d'un différend afin de comprendre et maîtriser l'environnement du projet pour lequel le CRD a été constitué.

En conclusion, on pourrait proposer comme méthodologie de la discussion :

- **préparer** ;
- **écouter** ;
- **objectiver** ;
- **informer** ;

MOTS-CLÉS : Contrats / Commande publique - Discussion

2347 La méthodologie de la discussion (3)

Gilles PELLISSIER,

*modérateur,
conseiller d'État*

Caroline Chamard Heim : Merci beaucoup pour ces propos très stimulants. Je trouve que ce qu'on a entendu était quelque chose de rare dans une enceinte juridique où nous ne sommes pas habitués à avoir ces retours d'expérience qui tiennent à la fois du droit, de la théorie des organisations, du *management* et je crois que c'est très enrichissant pour nous et pour nos étudiants qui voient concrètement à quoi servent les grands principes juridiques qu'on leur apprend donc vraiment merci, merci beaucoup. Nous passons sans transition à Gilles Pellissier, conseiller d'état, que tout le monde connaît.

Gilles Pellissier : Je vais essayer de rendre compte aussi fidèlement que possible des très riches échanges que nous avons eus hier au cours de l'atelier avec des acteurs des contrats publics. Cela va tout à fait dans le sens de ce qu'on vient d'entendre, de ce que disaient MM. Debosque et Rohan sur la manière dont la discussion se déroule dans la vie des contrats.

Premier constat : effectivement le champ est très vaste puisque le sujet était la discussion dans les contrats, donc aussi bien en phase de passation, phase qui est très encadrée, qu'en phase d'exécution, que le Code de la commande publique n'encadre pas particulièrement. La discussion est en revanche organisée par les CCAG en phase de règlement des différends. Mais nous ne l'avons pas abordée hier et je n'en parlerai par conséquent pas.

Il semble à première vue difficile d'envisager une méthodologie commune de la discussion dans ces deux phases si différentes que sont la passation et l'exécution. De même, il est très clairement apparu hier que l'on ne discute pas de la même manière selon les types de contrats. La négociation tient une place importante dans la passation des concessions, des marchés de partenariat, de conception-réalisation, des dialogues compétitifs et pour les plus importants d'entre eux, elle peut se dérouler pendant plusieurs mois, voire pour des concessions parfois sur plusieurs années. Concessions dont l'exécution s'étendra également sur une période de temps qui peut être longue. On ne négocie ni ne discute dans ces cadres contractuels comme pour la passation d'un marché en procédure adaptée, ni dans un appel d'offres où la discussion, si elle n'est pas nécessairement absente, est très marginale.

Des points communs, des problématiques communes à la discussion, sont pourtant apparus au-delà de ces différences.

Parce que, comme vient de le dire monsieur Debosque, la discussion est inhérente aux contrats. Il faut revenir aux fondamentaux et ce qui est fondamental, c'est que tout contrat, même administratif, est un accord de volonté et que ce qui ressort de toute cette journée, c'est

que la discussion est inhérente à la formation des contrats, y compris administratifs, et à leur exécution. On ne peut plus décrire aujourd'hui la formation du contrat administratif comme un contrat d'adhésion à la volonté d'une personne publique, adhésion du candidat qui a proposé le prix le plus bas au terme d'une procédure d'adjudication.

Quelles sont donc les grandes lignes, les grandes caractéristiques de cette méthodologie des négociations que l'on peut dégager de nos échanges d'hier ? Compte tenu du temps dont nous avons disposé, à peine une heure, il ne peut s'agir que d'esquisses de grandes lignes.

La première est qu'une discussion ne s'improvise pas. Elle doit être d'autant plus organisée, structurée, préparée, qu'elle met en présence plusieurs acteurs ou ensembles d'acteurs, qui ne sont pas systématiquement tous représentés par les personnes physiques participant à la discussion : le maître d'ouvrage, personne morale dont les décisions sont soumises à des processus qui peuvent être complexes ; la maîtrise d'œuvre et les entreprises, elles-mêmes souvent constituées en groupements, ainsi que toute la chaîne de contrats de sous-traitance.

L'organisation de la discussion relève de la maîtrise d'ouvrage ou, en phase d'exécution, de la maîtrise d'œuvre.

Les participants à l'atelier ont fait part d'expériences qui pourraient permettre d'élaborer des pratiques, des bonnes pratiques, de la discussion.

Il est tout d'abord apparu que la discussion collégiale en phase de passation n'est pas une bonne chose. Il est préférable de négocier avec chaque candidat séparément.

Les réunions doivent ensuite être préparées et le débat cadré, par exemple en transmettant aux participants, avant la réunion, sous forme écrite, les questions ou les points qui seront discutés.

Une autre possibilité est de négocier par thèmes, par sujets précis, au cours d'ateliers thématiques.

Il est également apparu utile de séquencer la discussion, en actant chaque point d'accord par des comptes rendus, pour éviter que l'on y revienne et ainsi permettre à la discussion d'avancer de manière constructive. Ces comptes rendus écrits responsabilisent les participants qui se savent engagés par leurs propos.

Cette pratique des comptes rendus peut aussi être une façon de pacifier la discussion. Un exemple en a été donné hier concernant un marché en phase d'exécution : personne ne s'entendait, la discussion durait depuis longtemps, elle n'avancait pas jusqu'au moment où il a été décidé de faire des comptes rendus. Et ces comptes rendus ont permis de remettre la discussion sur les rails et, progressivement, de dégager des accords.

Une autre idée qui m'a paru intéressante concernant les concessions : celle de faire de la remise du rapport annuel de la concession l'occasion d'une discussion sur l'évolution de l'exécution de convention et ses perspectives. En effet, tous se sont accordés sur l'idée qu'il ne faut pas discuter trop tard, qu'il convient autant que possible d'anticiper les difficultés d'exécution. L'exemple donné plus tôt cet après-midi de la réalisation de la LGV où des points d'étape de discussion étaient prévus à 25, 50 et 75 % de la réalisation : alors même qu'il n'y a pas forcément de problèmes constitués, cela permet de les anticiper et de les prévenir.

Le deuxième enseignement général que l'on peut tirer de nos échanges d'hier est que si la discussion doit être préparée et encadrée, elle doit conserver une certaine souplesse. Il faut trouver un équilibre : l'organisation nécessaire à l'efficacité de la discussion ne doit pas l'étouffer ou empêcher qu'elle fasse naître des propositions ou des solutions innovantes. Cette recherche d'équilibre est particulièrement délicate dans les négociations en phase de passation, où la précision de l'expression des besoins de l'acheteur assure l'égalité entre les candidats mais réduit le périmètre de la discussion et peut priver l'acheteur d'une solution intéressante proposée par un candidat. Si cette proposition conduit à modifier les éléments constitutifs du contrat, elle ne peut être prise en compte sauf à recommencer toute la procédure. Le critère qui a été donné ce matin de la possibilité de voir si on peut prendre en compte une proposition en cours de négociation sans que cela lèse des candidats potentiels est effectivement le bon critère juridique.

Quels sont enfin les facteurs déterminants pour l'application de ces méthodes de discussion ? Ils tiennent au contenu, au temps et aux acteurs de la discussion.

En ce qui concerne le contenu, c'est l'équilibre entre ce qui peut se négocier et ce qui ne peut pas se négocier et dans ce cadre la définition du besoin est déterminante.

Le temps est un facteur très important : tous ont relevé qu'il était compté pour toutes les parties, en phase de passation comme d'exécution.

Mais au fond, le facteur essentiel est peut-être le facteur personnel : ce sont des personnes qui discutent et elles doivent avoir

les compétences, dans tous les sens du terme, pour pouvoir le faire efficacement. Comme il a été dit, négocier un contrat et ses difficultés d'exécution implique de pouvoir prendre en compte et discuter tous les aspects de ce contrat, techniques, financiers et juridiques, qui sont interdépendants. Or, ces différents aspects relèvent de compétences et de métiers différents : ingénieurs, juristes et financiers doivent être, d'une manière ou d'une autre, présents ou représentés, en tout cas participer, à la discussion. Les *contracts managers* ont été assez critiqués hier, comme ayant une conception étroite de l'intérêt du cocontractant qu'ils représentent, sans tenir compte suffisamment de l'esprit du contrat. Je retiens pourtant de ce que disait monsieur Debosque qu'un bon *contract manager* peut très utile : il faut qu'il soit présent sur toute la durée du contrat afin d'avoir la mémoire de sa formation et de son exécution, qu'il soit capable de synthétiser toutes les compétences correspondant aux différents aspects du contrat, qu'il défende les intérêts de la partie qu'il représente tout en ayant la volonté de résoudre d'éventuels différends.

La compétence, c'est aussi le pouvoir de la personne physique d'engager la personne morale ou le groupement au nom duquel il parle.

Enfin, des problématiques propres à la discussion dans les contrats de longue durée, comme les concessions, sont apparues. Un déséquilibre existe entre les agents d'une collectivité qui vont peut-être connaître une seule concession dans leur carrière et les opérateurs dont c'est l'activité. Cela joue aussi sur la mémoire du contrat : les personnes qui exécutent la convention ne sont pas ceux qui l'ont conclue, les besoins ont pu changer.

Mais ces problématiques sont davantage celles du temps des contrats que de la discussion, même si elles ont nécessairement un effet sur celle-ci.

J'espère avoir fidèlement reproduit les échanges de notre atelier d'hier et être parvenu à vous restituer la richesse des expériences et des pratiques qui ont été exposées et discutées. Ils ont pleinement montré le grand intérêt de cette chaire et de ce colloque.

MOTS-CLÉS : Contrats / Commande publique - Discussion

2342 Les risques de la discussion (1)

Christophe ROUX,

professeur de droit public,
directeur de l'EDPL (EA 666),
université Jean Moulin – Lyon 3

1 - « C'est une grande misère que de n'avoir pas assez d'esprit pour bien parler, ni assez de jugement pour se taire »¹. En espérant que cette contribution n'en sera pas l'illustration, la présente citation possède l'immense mérite de résumer en peu de mots la plupart des dangers que recèle la discussion dans le cadre du droit de la commande publique, sauf à considérer que – l'on y reviendra – il existe sans doute également des hypothèses où se taire et ne pas discuter en présentent presque autant. De fait, et à l'instar de la négociation qui a été longtemps frappée de suspicion, la discussion fait figure de « *tempora non grata* » par l'opacité dont elle recèle et qu'elle génère, traînant sa cohorte de délits ou d'illégalités en germe, qu'il s'agisse de pointer la méconnaissance du principe de transparence, d'égalité de traitement des candidats ou, encore, le commencement d'exécution des délits les plus marquants du droit pénal de la commande publique. Entre « *maison de verre* » et « *opacités savamment calculées* » pour reprendre les mots du commissaire du Gouvernement Piveteau au sujet de la négociation², c'est entre deux eaux particulièrement mouvantes que la discussion tente d'émerger péniblement au sein du droit positif, ceci dans un océan juridique contemporain qui, d'un côté, la plébiscite en pratique (celle-ci étant perçue comme un gage de performance économique et opérationnelle) et qui, de l'autre paradoxalement, continue d'endiguer son petit atoll, comme en témoigne le déclin de l'*intuiti personae*, la place centrale réservée à l'écrit dans la sphère contractuelle ou, encore, la dématérialisation des procédures, laquelle agit comme un repoussoir à toute forme de rencontres et discussions informelles³.

Au diapason de ce sommaire constat, force est d'admettre que la discussion présente de nombreux risques dont la plupart ont été déjà esquissés dans les contributions précédentes, avec, en filigrane, cette idée intuitive selon laquelle la discussion pourrait rapidement venir rompre la neutralité et l'impartialité de l'acheteur, celui-ci se laissant alors guider « *par des considérations étrangères au contrat en cause* »⁴. Afin d'éprouver ce constat, l'on tentera dans un premier temps de recenser les différents vecteurs de risques, la finalité étant de ramasser, au travers d'une typologie sommaire, l'ensemble des éléments qui

déterminent « l'échelle de risque » de la discussion (1). Dans un second temps, l'on traitera des risques juridicisés, étude qui vient tout à la fois confirmer et nuancer l'étendue des aléas liés à la pratique de la discussion (2).

1. Les vecteurs de risques

2 - On peut les sérier en trois variables, à savoir sous l'angle temporel (A), personnel (B) et matériel (C), le dernier volet concentrant, de fait, les problématiques majeures.

A. – C'est en premier lieu sous l'angle temporel que les facteurs de risques liés à la discussion peuvent être inventoriés. Les échanges ont certes permis de distinguer ce qui relevait de la « *discussion* » de ce qui appartenait à « *la négociation* », marquant les limites de l'analogie⁵. Mais, quitte à enfoncer des portes ouvertes, on s'autorisera à penser que, par essence, le « *temps* » de la discussion prête moins à menaces lorsqu'il vient se lover, précisément, durant une phase (autorisée) de négociation, ceci en respectant le calendrier prévu dans les documents de consultation même si, en matière de concession, la jurisprudence retient qu'il n'existe aucune obligation de prévoir *a priori* un calendrier de celle-ci⁶. Le temps de la discussion est encore parfois balisé par les textes, lesquels semblent *a maxima* cantonner la discussion à une simple audition, et encore : ainsi de l'article R. 2161-29 CCP relatif à la procédure de dialogue compétitif selon lequel, après l'offre finale, seule des « *clarifications, précisions, perfectionnement ou compléments peuvent être demandés aux candidats* », laissant entendre que la discussion et l'échange n'ont plus lieu d'être, seul l'envoi unilatéral d'informations étant de mise. Pour le reste, c'est sans discrimination à toutes les étapes de la phase contractuelle, qu'il s'agisse de la passation ou de l'exécution, que les risques liés à la discussion viendront poindre. Assurément, on ne saurait négliger la phase de préparation de la procédure, certaines étapes, tel le *sourcing*⁷, se révélant

1. Jean de la Bruyère, *Caractères*, 1688.

2. D. Piveteau, *concl. sur CE*, 15 juin 2001, n° 223481, *Synd. intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-de-Ré* : *BJCP* 2001, p. 415, n° 18.

3. *Même si la dématérialisation des procédures n'implique pas ipso facto celle des négociations* : *Rép. min.* n° 07086 : *JO Sénat*, 6 déc. 2018, p. 6218 ; *Contrats-Marchés publ.* 2019, *comm.* 68, note B. Koebler.

4. *CJUE*, 12 mars 2015, *aff. C-538/13, Stré Vigilo Ltd*, pt 35 : *Contrats-Marchés publ.* 2015, *comm.* 114, note G. Eckert ; *RTD eur.* 2015, p. 452, note A.-L. Durviaux ; *JCP A* 2015, 2282, note J.-Fr. Giacuzzo.

5. *V. sur la thématique*, F. Olivier et C. Liet-Veaux, *La négociation dans la commande publique : Quelle place ? Quel enjeu ?* : *Contrats-Marchés publ.* 2016, *étude* 5 ; *La négociation dans les contrats publics* : *CP-ACCP* 2018, p. 18 et s., n° 193, dossier.

6. *CE*, 18 juin 2010, n° 336120, *Communauté urbaine de Strasbourg et Sté Eche Eco Industrie* : *BJCP* 2010, p. 354, *concl.* B. Dacosta ; *Dr. adm.* 2010, *comm.* 128, note F. Brenet ; *JCP A* 2010, 2272, note F. Linditch. – *V. également CE*, 8 nov. 2017, n° 412859, *Sté Transdev* : *BJCP* 2018, p. 25, n° 116, *concl.* O. Henrard ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, *comm.* 13, obs. G. Eckert.

7. *V. Le sourcing* : *CP-ACCP* 2018, p. 18 et s., n° 185, dossier. – E. Perois et L. Sery, *Le sourcing : démarche vertueuse ou piègeuse pour les acheteurs publics ?* : *Contrats-Marchés publ.* 2018, *étude* 3. – C. Coupé, *Guide des consultations préalables dans les marchés publics* : *AJCT* 2021, p. 186.

périlleuses, soit que la démarche mène au dévoilement d'informations confidentielles soit que, plus globalement, elle entraîne une rupture en devenir de l'égalité de traitement entre candidats, circonstance dont le Code de la commande publique tente de prémunir les acheteurs (V. CCP, art. R. 2111-2).

B. – C'est ensuite sous l'angle organique (ou « personnel ») que l'on pourra tenter d'enrichir les barreaux de l'échelle des risques, la présence ou l'absence de certains interlocuteurs se présentant comme un facteur d'aléas. Si la jurisprudence retient qu'aucune disposition législative ou réglementaire, ni aucun principe général du droit, n'interdisent l'autorité concédante ou le pouvoir adjudicateur de s'adjoindre, pendant la négociation, des conseils de personnalités qualifiées, de cabinets privés ou d'assistants à maîtrise d'ouvrage⁸, il faut d'admettre que l'accroissement du nombre d'acteurs démultipliera par voie de conséquence tout à la fois l'aléa relatif aux fuites d'informations, autant que les risques de conflits d'intérêts susceptibles de germer, lors de certaines discussions. Le juge administratif a, dans ces hypothèses, déjà pu préciser la teneur des mesures à adopter, notamment la décision de les écarter des réunions de négociation⁹. Ensuite, si la discussion est envisageable, elle ne devra généralement pas revêtir un caractère unilatéral ou sélectif. Dit autrement, si la discussion s'engage, encore faudra-t-il qu'elle soit menée avec une pluralité d'opérateurs et/ou offreurs. Le principe est établi dans les phases de négociation, la discussion devant être diligentée avec tous les candidats ou offreurs¹⁰. Même si certains textes réservent la faculté de limiter le nombre d'opérateurs invités à ladite négociation, ce dernier devra toujours être suffisant pour « assurer une concurrence effective » (CCP, art. R. 2142-15). Il en va de même dans le cadre des démarches de *sourcing* où les textes imposent implicitement que les études et échanges préalables soient menés auprès d'une pluralité d'opérateurs économiques¹¹.

C. – C'est toutefois naturellement sous l'angle matériel, c'est-à-dire quant au contenu même de la discussion, que les risques apparaissent les plus manifestes : sans véritable horizon, le champ des plausibles en matière de discussion se révèle immense, ouvrant corrélativement des facteurs de risque presque aussi infinis.

Certes, le risque sans doute le plus évident consiste dans le fait de « trop » discuter, confirmant l'aphorisme selon lequel celui qui ouvre la bouche perd certainement une bonne raison de se taire. La discussion peut, entre autres, amener à divulguer des informations rompant le principe d'égalité de traitement, soit parce que ces informations ne seraient délivrées qu'à certains (et pas à d'autres), soit parce qu'elle conduirait à en révéler certaines qui violeraient le principe de confidentialité des offres ou le principe du secret des affaires, en méconnaissance des articles L. 2132-1, L. 2332-1 et L. 3122-3 CCP. On relèvera toutefois que, si l'on procède par analogie avec la jurisprudence rendue en matière de négociation, la discussion n'implique pas une identité « d'objet », de « thèmes » et de « questions » avec les différents candidats, comme ont pu le reconnaître certaines juridictions du fond¹². Le contenu même de la discussion paraît encore suspect, lors même qu'il porterait sur des éléments qui, selon les dispositions

du Code de la commande publique, ne peuvent faire l'objet d'une quelconque négociation : ainsi en irait-il dès lors que la discussion entend traiter, en phase de passation d'une concession, de l'objet de celle-ci, des critères d'attribution ou des conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de consultation (CCP, art. L. 3124-1). Le contenu de la discussion flirterait encore dangereusement avec la légalité dès lors qu'elle aurait pour objet ou, du moins, pour effet de modifier « la nature globale du marché public ou de la concession »¹³.

Le second facteur de risque, peut-être moins évident, consiste aussi et en sens inverse à ne pas discuter ou, du moins, pas assez. D'un point de vue opérationnel, la discussion permet d'abord de contenir les différends, quand elle ne se révèle pas strictement nécessaire, bien en amont, à la bonne compréhension du document de consultation des entreprises, par essence souvent complexe. En se déportant sur les aspects plus théoriques, et en tenant là encore pour acquis – pour les besoins de la cause – l'étroitesse des liens unissant négociation et discussion, on relèvera l'impossibilité de renoncer à la négociation (et donc à une quelconque discussion) dans les marchés à procédure adaptée, sauf à avoir indiqué préalablement, dans les documents de consultation, la faculté même de s'en détourner¹⁴. Au-delà, d'autres hypothèses visées par le code ou la jurisprudence laissent entendre que l'absence de discussion pourrait caractériser la méconnaissance de règles procédurales : ainsi en irait-il de l'exigence de contradictoire qui fait quelques timides incartades en matière contractuelle notamment au stade de l'exécution¹⁵. *Idem* s'agissant de la justification susceptible d'être demandée aux offreurs en présence d'une offre anormalement basse (CCP, art. R. 2152-3 et s.) ou, encore, s'agissant de l'obligation de recourir à des modes amiables de règlement des différends, les nouveaux CCAG reprenant à l'unisson le principe selon lequel les parties « s'efforceront de régler à l'amiable tout différend éventuel relatif à l'interprétation des stipulations du marché ou à l'exécution des prestations objet du marché »¹⁶, ceci laissant entendre qu'une sphère de discussion est, dans ces circonstances, hautement souhaitée.

Ne pas discuter mais aussi, et enfin, ne pas « suffisamment » ou « correctement » discuter sous un angle qualitatif. Tel est le sens de la jurisprudence Communauté de communes de l'enclave des Papes où la cour phocéenne a estimé que, dès lors qu'il y avait recours à la négociation, celle-ci ne peut rester au stade de la discussion molle ou neutre : méconnaît ainsi ses obligations procédurales l'acheteur qui se contenterait d'auditionner les candidats et de leur demander des précisions sur leurs offres, sans les mettre en capacité de négocier réellement, en les invitant à faire « des propositions d'ordre technique, juridique, économique ou financier, leur permettant, le cas échéant, d'améliorer leur offre par rapport aux autres candidats »¹⁷. En sens

8. CE, 21 juin 2000, n° 209319, Synd. Intercommunal de la Cote d'Amour et la presqu'île guérandaise : CJEG 2000, p. 362 ; RFDA 2000, p. 1031, concl. C. Bergeal ; Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 19, note F. Llorens.

9. CE, 14 oct. 2015, n° 390968, Sté Applicam : Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 279, note G. Eckert ; BJCP 2016, p. 34, concl. G. Pellissier et obs. S. Nicinski ; JCP A 2016, 2228, note J. Martin ; RDI 2015, p. 581, note S. Braconnier ; CP-ACCP 2015, p. 11, n° 159, note J.-P. Jouguelet. – V. aussi TA Cergy-Pontoise, 6 nov. 2018, n° 1506515, Sté Passavant Impianti et a. / SIAAP : JCP A 2018, 2335, concl. G. Mornet.

10. V. toutefois, CCP, art. L. 2124-3, évoquant la négociation avec « un » ou « plusieurs » opérateurs économiques.

11. V. CCP, art. R. 2111-1, évoquant « les » opérateurs économiques démarchés.

12. TA Versailles, 30 juin 2016, n° 1303342.

13. V. CCP, art. L. 2194-1, L. 2394-1 et L. 3135-1, la discussion étant à même de générer une « modification substantielle » de ces conventions (V. par ex. CE, 15 nov. 2017, n° 409728, Cne Aix-en-Provence : JCP A 2017, 2320, obs. C. Chamard-Heim et F. Lichère ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 15, note J.-P. Pietri ; BJCP 2018, p. 32, concl. O. Henrard ; CP-ACCP 2018, p. 56, n° 183, note B. Neveu ; RDI 2018, p. 106, note N. Foulquier ; AJCT 2018, p. 168, note S. Hul).

14. V. CCP, art. R. 2123-5. – Et CE, 18 sept. 2015, n° 380821, Sté Access : JCP A 2016, 2049, note S. Deligiannis ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 260, note P. Devillers. – CAA Nancy, 29 mai 2018, n° 16NC02027, Sté Atelio : Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 201, note M. Ubaud-Bergeron.

15. V. par ex. CCAG Travaux 2021, art. 11. – CAA Paris 12 mai 2015, n° 13PA03103, Sté Le Cap France : CP-ACCP 2016, p. 49, n° 162, note Ph. Guellier et F. Lehoux.

16. CCAG FCS 2021, art. 46. – CCAG Travaux 2021, art. 55. – V. sur les nouveaux CCAG : Contrats-Marchés publ. 2021, dossier complet, n° 5.

17. CAA Marseille, 4 juin 2013, n° 12MA0277 : Contrats-Marchés publ. 2014, chron. 2, G. Eckert. – V. aussi TA Dijon, 20 avr. 2009, n° 0900876, Sté Lyonnaise des eaux : Bull. DSP 2009, n° 2, p. 18.

inverse, ceci démontrant une nouvelle fois l'analogie tronquée entre discussion et négociation, seule la discussion *stricto sensu* sera de mise dans le cadre d'une procédure de dialogue compétitif, celle-ci ne constituant ni le moment pour négocier avec les candidats ni celui de procéder à des demandes d'explication quant au contenu de leurs offres¹⁸.

2. La juridicisation des risques

3 - Si l'on se déporte vers la juridicisation des risques, celle-ci pourra emprunter des formes variables que, là encore, par esprit de systématisation, l'on tentera de sérier au travers de deux éléments essentiels : ceux liés à la méconnaissance des principes fondamentaux de la commande publique, d'une part (A) ; les aspects pénaux, d'autre part (B). Le propos n'aura dès lors rien d'exhaustif puisque d'autres éléments mériteraient certainement une attention soutenue. On pense, entre autres, aux risques liés à la méconnaissance des règles de concurrence, et notamment à la prohibition des ententes dont les discussions informelles sont souvent le terreau, plus particulièrement dans les secteurs oligopolistiques¹⁹. De même, la discussion – surtout dans la phase d'exécution – peut présenter des dangers lorsqu'il s'agit d'aborder, par exemple, la question des indemnités, pénalités et sanctions ou, encore, les modifications du contrat. Dans ces conjonctures, la discussion pourrait rapidement venir tordre le principe d'interdiction, pour les personnes publiques, de consentir des libéralités²⁰, sans compter, même si la liaison est mal établie dans le domaine contractuel²¹, la survenance potentielle d'aides d'État, les promesses orales ayant déjà suffi par le passé à les constituer²².

A. – Ces bribes d'éléments mises de côté, les risques les plus évitants ressortent de la méconnaissance des principes fondamentaux de la commande publique avec, en premier chef, le principe de transparence et le principe d'égalité de traitement des candidats à la commande publique. Au titre du premier, nul doute que la discussion vient potentiellement la voiler par son opacité. L'on peut se demander, en premier lieu, si le principe de transparence ne serait pas méconnu du seul fait que les échanges entre l'acheteur et les candidats n'ont pas été loyalement consignés, là où les textes l'imposent, ceci au passage par « tous les moyens appropriés » (CCP, art. L. 3122-2). En bref, et au-delà de la dématérialisation des procédures qui conforte le règne de l'écrit, une obligation de moyen renforcée pèse désormais sur les acheteurs publics, la transparence impliquant de s'adjoindre les services permanents d'un scribe qui révélera *in fine* l'informel. Enfin, et même si à ce stade l'idée nous paraît excessive, on pourra se demander si l'obligation de publicité préalable²³ qui pèse sur les acheteurs publics dès lors qu'ils entendent recourir à la négociation

ne doit pas s'appliquer également aux phases de discussion ; en tout état de cause, tel est le sens déjà des mesures de publicité préalable aux opérations de *sourcing* parfois diligentées par certaines collectivités, *via* l'émission d'avis de consultation préalable ou de pré-information (CCP, art. R. 2131-1), même si aucun texte ne l'impose encore à ce stade²⁴.

C'est toutefois au titre du second, le principe d'égalité de traitement, que les risques liés à la discussion apparaissent les plus saisissants, notamment lorsqu'elle mène – par inadvertance ou non – à la divulgation sélective d'informations privilégiées en faveur de certains, ceci dépassant du reste le seul stade de la passation : on pense ici aux informations spécifiques dont bénéficierait l'ex-cocontractant de l'Administration, celui-ci disposant souvent, dans les faits, d'un avantage par rapport à ses concurrents pour se voir renouveler un contrat public, son abus de position dominante étant même parfois invoqué²⁵. Plus largement, par la spontanéité coupable qu'elle est susceptible de fomenter et fermenter, la discussion paraît susceptible de mener à rupture du principe de confidentialité, comme lorsque, par ce biais, il serait révélé les caractéristiques des offres concurrentes²⁶ ; *via* la discussion, il conviendra encore de prendre garde à ne pas violer la protection du secret des affaires, protégé respectivement par les articles L. 2132-1 CCP et L. 151-1 du Code de commerce.

On terminera ce volet par un pas de côté, du moins un léger détour vers le principe d'impartialité dont nul n'ignore l'instrumentalisation de plus en plus fréquente²⁷, celui-ci étant au nombre des principes généraux qui s'impose aux pouvoirs adjudicateurs et dont la méconnaissance est « constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence »²⁸. On sait que sa survenance est favorisée, entre autres, par une vision désormais évasée de la notion de conflits d'intérêts, au moins depuis que la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique le définit comme « toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés, qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction »²⁹. Pour l'exposer sans ambages : la discussion est-elle de nature à faire naître ou à révéler une telle situation ? Assurément oui, s'agissant de la première hypothèse, lors même que la discussion, au moins du point de vue de la théorie des apparences, peut laisser suggérer des liens d'affaire ou amicaux poussés avec certains candidats et/ou offreurs. Suffit-elle, toutefois, à révéler un tel conflit ? Il y a tout lieu d'en douter : à ce stade, la jurisprudence se contente de pointer les conflits d'intérêts objectifs, c'est-à-dire ceux révélés par des éléments structurels et institutionnels marqués³⁰. Plus encore, la jurisprudence se range à une

18. TA Strasbourg, ord., 16 mai 2013, *Sté Aastra c/ Communauté urbaine de Strasbourg* : Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 214, note W. Zimmer. – Sur ce sujet E. Amblard et K. Gillet, *Procédure négociée et dialogue compétitif : des procédures distinctes* : CP-ACCP 2018, p. 34, n° 193.

19. V. Cons. conc., déc. n° 96-D-25, 16 avr. 1996. – En matière domaniale, V. Aut. conc., déc. n° 10-D-13, 15 avr. 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport des conteneurs au Port du Havre ; Dr. adm. 2010, comm. 114, note M. Bazex ; RLC 2010, n° 1645, note S. Destours ; RLC 2010, n° 1655, note M. Lavedan ; DMF 2010, p. 739, étude R. Rézenthel.

20. CE, sect., 19 mars 1971, n° 79962, *Mergui* : Lebon, p. 235.

21. V. toutefois, I. Hasquenoph, *Contrats publics et concurrence*, vol. 206 : Dalloz, NBT, 2021, spéc. § 782 et s. – R. Noguellou, *Contrats publics et aides d'État*, in *Mél. Cl. Blumann* : Bruylant, 2015, p. 448. – L. Vidal, *Contrat administratif et aides d'État* : Contrats, conc. consom. 2014, alerte 1.

22. V. CJUE, 19 mars 2013, aff. C-399/10 P et C-401/10 P, *Bouygues c/ Commission* : JCP A 2013, 2105, note M. Karepnischif ; Europe 2013, comm. 221, note L. Idot. – Pour un retour à « la lettre » : CJUE, 30 nov. 2016, aff. C-486/15, *Commission c/ Orange* : Dr. adm. 2017, comm. 49, note R. Lanneau ; JCP A 2016, 2294, chron. J.-L. Sauron et M. Karpenschif.

23. CE, 18 sept. 2015, n° 380821, *Sté Axxess*, préc.

24. CAA Nantes, 24 nov. 2017, n° 16NT02706, *Groupement sté dynamiques foncières* : JCP A 2018, 2072, note F. Linditch.

25. V. CAA Paris, 6 mars 2012, n° 10PA00316, *Sté Towercast* : Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 162, note M. Ubaud-Bergeron ; RLC 2013, n° 2287, note G. Glamour.

26. CE, 14 déc. 2009, n° 328157, *Sté Lyonnaise des eaux* : Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 84, note G. Eckert ; JCP A 2010, 2023, note F. Linditch.

27. V. sur le sujet L. de Fournoux, *Impartialité des procédures de passation des contrats de la commande publique : de nouveaux équilibres* : Contrats-Marchés publ. 2019, étude 5.

28. CE 14 oct. 2015, n° 390968, *Sté Applicam*, préc.

29. L. n° 2013-907, 11 oct. 2013, art. 2 : JO 12 oct. 2013, texte n° 2. – Pour un lien entre impartialité et conflit d'intérêts, CE, 15 mars 2019, n° 413584, *SAGEM* : AJCT 2019, p. 294, note P. Villeneuve ; AJDA 2019, p. 1459, note L. Sourzat ; BJCP 2019, p. 189, concl. Henrard ; JCP A 2019, 2175, note S. Hul.

30. V. par ex. TA Nîmes, 5 déc. 2019, n° 180068, *Collectif de l'eau – Usagers d'Avignon* : Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 92, note É. Muller. – CE, 12 sept. 2018, n° 420454, *Sté Otus* : Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 241, note M. Ubaud-Bergeron.

appréciation *in concreto* du conflit d'intérêts³¹, marquant son souhait de « *poser des limites à la suspicion, voire à la paranoïa* »³². En bref, et pour s'en tenir à une idée simple : le doute ne suffit pas, d'autant plus si les liaisons paraissent « *inéluctables* » entre les différents protagonistes, le monde de la commande publique restant un « *petit milieu* »³³. On relèvera encore que, sous l'angle contentieux, les potentialités offertes par le respect du principe d'impartialité restent contenues à ce stade, les éventuelles méconnaissances procédurales pouvant bénéficier d'une salvatrice « *danthonyisation* »³⁴, seules celles ayant été susceptibles d'avoir une influence déterminante sur la procédure de passation pouvant prospérer. Le juge tient compte encore des mesures correctrices adoptées par le pouvoir adjudicateur pour, le cas échéant, écarter l'atteinte au principe d'impartialité³⁵. Reste que, indéniablement, la vigilance doit rester de mise : d'une part, ailleurs, la théorie des apparences n'a de cesse de gagner du terrain ; d'autre part, l'on rappellera que les acheteurs sont ici coincés entre le marteau et l'enclume : s'ils se doivent d'écarter, en vertu des articles L. 2141-8, L. 2141-10 et L. 3123-10 CCP toutes les « *personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts* », c'est uniquement « *lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens* ». C'est dire que les acheteurs pourront voir leurs procédures de passation fragilisées et, potentiellement, leur responsabilité engagée, précisément si elles n'ont pas adopté les moyens suffisamment appropriés pour y remédier.

B. – L'étude du principe d'impartialité et des conflits d'intérêts offre une passerelle toute trouvée pour cheminer vers le deuxième (grand) volet des risques juridicisés, à savoir les ceux relevant du droit pénal³⁶. Sans entrer dans les détails, la discussion pourra être un commencement d'indice, à défaut de constituer l'élément matériel de l'infraction, dans le cadre des délits de favoritisme ou de prise illégale d'intérêts, respectivement visés aux articles 432-14 et 432-12 du Code pénal³⁷, ces délits pouvant du reste se cumuler³⁸. La menace n'a rien de virtuel au titre du premier : la chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi pu condamner la survenance de rencontres entre les acteurs avant la mise en concurrence³⁹, l'existence de rapports d'amitiés entre les protagonistes – que la discussion a pu faire naître⁴⁰ – ou, encore, l'échange d'informations privilégiées, que celles-ci aient été

communiquées à l'écrit ou à l'oral⁴¹. L'on attirera l'attention sur l'ensemble des facteurs renforçant les potentialités d'un tel délit. En premier lieu, et même si les cas restent exceptionnels, la Cour de cassation a déjà admis d'aller au-delà des textes : là où ces derniers cantonnent *a priori* le délit à la phase de passation, elle a pu aussi le retenir durant la phase de préparation du contrat⁴² ou d'exécution⁴³. Sur un plan organique, certaines juridictions du fond ont déjà admis la culpabilité d'une personne publique de ce chef⁴⁴. En deuxième lieu, et surtout, l'élément intentionnel caractéristique de l'infraction pénale est ici entendu de manière résolument souple : le juge se range en effet en la matière à l'idée de dol général et à une conception dite « *légaliste* » de l'intention : elle estime en ce sens que « *la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur une intention coupable* »⁴⁵. Il suffira donc non de prouver l'intention de favoriser un opérateur, mais seulement de démontrer la conscience de l'irrégularité⁴⁶, étant entendu, au surplus, que la Cour promeut des présomptions en ce sens, les élus, assistants à maîtrise d'ouvrage ou agents publics en charge des procédures étant présumés être des « *sachants* » ne pouvant ignorer les prescriptions légales en cause.

Enfin, peu ou prou, ce sont les mêmes lignes forces qui parcourent le délit de prise illégale d'intérêts où, là encore, l'élément intentionnel est appréhendé de manière élastique, étant simplement caractérisé par le seul accomplissement de l'acte constitutif de l'élément matériel du délit⁴⁷. Organiquement d'abord, le délit est circonscrit à toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public. L'élément est toutefois interprété de manière large puisque, de près ou de loin, toutes les personnes intervenant en appui du pouvoir adjudicateur dans la phase de passation pourront revêtir cette qualité, tel un architecte choisi en qualité de maître d'œuvre, comme a pu le reconnaître la Cour de cassation⁴⁸. Fonctionnellement ensuite, le délit devra impliquer une personne qui a pour mission « *la surveillance, l'administration, la liquidation et le paiement du contrat* ». Or, là encore, le droit positif vient ériger une présomption quant à une telle « *surveillance* » pour les titulaires d'un mandat électif⁴⁹ ; enfin, la notion est caractérisée matériellement non seulement par la participation à des réunions formalisées d'instances officielles mais également, et c'est intéressant pour ce qui nous concerne, dans le cadre de réunions ou discussions informelles comme l'a confirmé récemment la Cour de cassation⁵⁰.

31. CE, 20 déc. 2019, n° 432590, *Port autonome de la Nouvelle-Calédonie : Contrats-Marchés publ.* 2020, comm. 89, note G. Eckert ; JCP A 2020, 2183, note J. Martin ; AJDA 2020, p. 640, note S. Brameret ; RTD com. 2020, p. 309, note F. Lombard. – Sur le sujet, V. F. Lichère, *La déontologie et l'attribution des contrats publics* : JCP A 2020, 2304.

32. A. Lallet, *concl. sur CE*, 8 avr. 2015, n° 369329, *Laboratoire Genevrier, Base Ariane, en repoussant « la tyrannie des apparences »* (P. Martens, *la tyrannie des apparences* : RTDH 1996, p. 640).

33. V. respectivement et par ex. CE, 12 sept. 2018, n° 420454, *Synd. mixte des ordures ménagères de la vallée de la Chevreuse* : JCP A 2018, 2316, note F. Linditch ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm. 241, note M. Ubaud-Bergeron. – CE, 24 juin 2011, n° 347720, *Sté Autostrade Per l'Italia SPA* : RJEP 2011, comm. 54, note E. Friboulet ; *Dr. adm.* 2011, comm. 84, note J.-B. Aubry ; BJCP 2011, p. 365, n° 78, *concl. N. Boulouis* ; *Contrats-Marchés publ.* 211, comm. 261, note G. Eckert.

34. CE, ass., 23 déc. 2011, n° 335033, *Danthony* : GAJA, 23^e éd., Dalloz, 2021, n° 108.

35. CE, 24 juin 2011, n° 347720, *Sté Autostrade Per l'Italia SPA*, préc.

36. *Le droit de la fonction publique pouvant prendre le relais, dès lors que le délit caractériserait aussi une atteinte à la dignité, l'impartialité, l'intégrité ou la probité des agents publics* : V. L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 25.

37. *Sur ces aspects*, V. F. Linditch, *Prise illégale d'intérêts* : JCl. *Contrats et Marchés Publics*, fasc. 34, 2019 ; *Délit d'octroi d'avantage injustifié* : JCl. *Contrats et Marchés Publics*, fasc. 33, 2019 ; *La commande publique face au droit pénal* : *Contrats publ.* 2021, p. 17 et s., n° 221, dossier.

38. Cass. crim., 17 avr. 2019, n° 18-83.025 : AJCT 2019, p. 350, note Y. Mayaud.

39. Cass. crim., 8 mars 2006, n° 05-85.276, inédit.

40. Cass. crim., 19 oct. 2005, n° 04-87.312, inédit.

41. Cass. crim., 12 juin 2003, n° 02-81.122 : *Procédures 2003*, comm. 223. – Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 13-80.009 : *Contrats-Marchés publ.* 2014, comm. 86, note J.-P. Pietri. – Cass. crim., 10 mars 2021, n° 20-84.117 : *Contrats-Marchés publ.* 2021, chron. 6, F. Linditch.

42. Cass. crim., 20 avr. 2005, n° 04-83.017 : BJCP 2005, p. 393, note Ch. Maugué ; RTD com. 2005, p. 857, note B. Bouloc.

43. Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 13-80.759 : JCP A 2014, 2228, chron. M. Hénon et M. Goupil. – V. encore Cass. crim., 9 sept. 2020, n° 19-85.274 : JCP G 2020, 1072, note J.-M. Brigant.

44. TGI Foix, 3 nov. 2014, n° 13170000007, cité par S. Daboussy et A. Gaudron, 1991-2021, 30 ans du délit de favoritisme, bilan et perspectives : *Contrats publ.* 2021, p. 33, n° 221.

45. Cass. crim., 24 mai 1994, n° 93-85.158 : *Dr. pén.* 1994, comm. 237, p. 10 ; Bull. crim. n° 203.

46. Cass. crim., 14 janv. 2004, n° 03-83.396 : *Contrats-Marchés publ.* 2004, comm. 46, note Ph. Delelis ; JCP A 2004, 1315, note F. Linditch.

47. Cass. crim., 4 mars 2020, n° 19-83.390 : AJCT 2020, p. 488, note J. Lasserre Capdeville ; JCP A 2020, 2152, note R. Mesa ; JCP G 2020, act. 337, note J.-M. Brigant ; AJDA 2020, p. 550.

48. Cass. crim., 14 juin 2000, n° 99-84.054 : *JurisData* n° 2000-002988 ; Bull. crim. n° 221 ; *Dr. pén.* 2001, comm. 5, note M. Véron.

49. V. par ex. Cass. crim., 7 mars 2012, n° 11-81.918 : *Gaz. Pal.* 27 juill. 2012, n° 209, p. 27, note E. Dyer.

50. Cass. crim., 20 janv. 2021, n° 19-86.702 : AJCT 2021, p. 140, note S. Dyens et J. Rotivel ; JCP G 2021, act. 223, note J.-M. Brigant.

Il reste, en guise de conclusion ramassée (une analyse bien plus substantielle mériterait d'être menée), à marquer toutefois combien les nombreux risques évoqués s'érodent sans doute, dès lors qu'on entreprend de les mettre à l'épreuve du contentieux. D'une part, et encore plus « *sous masques* », il est un fait que si la discussion est purement orale, elle éprouvera demain quelque mal à être instrumentalisée sur le plan probatoire. D'autre part, devant le juge du contrat, nul n'ignore que seuls les moyens en relation avec l'intérêt

lésé du requérant seront susceptibles de prospérer, les vices d'une particulière gravité étant également seuls à même d'entraîner l'annulation du contrat⁵¹. ■

MOTS-CLÉS : *Contrats / Commande publique - Discussion*

51. *CE, ass., 4 avr. 2014, n° 358994, Dpt Tarn-et-Garonne : GAJA, préc., n° 110.*

2343 Les risques de la discussion (2)

Benoît DUPUIS,

docteur en droit,

directeur Exécutif Marché et Pilotage Contractuel de la Société du Grand Paris

En complément de l'exposé du professeur Roux sur les risques juridiques liés à la discussion, mon intervention, en qualité de praticien de la commande publique au sein de la Société du Grand Paris, se bornera à partager, dans un premier temps, les pratiques qui sont les nôtres dans la conduite de la discussion avec les opérateurs économiques qui participent à la passation et à l'exécution de nos marchés et, dans un deuxième temps, ma perception des risques associés à cet exercice certes périlleux, mais ô combien nécessaire.

1. La pratique de la discussion au sein de la Société du Grand Paris

A. - La Société du Grand Paris en quelques lignes

1 - La Société du Grand Paris (SGP) est un établissement public industriel et commercial d'État. Il s'agit d'une société de projet créée par la loi n° 2010-597 du 3 juin 2010 exclusivement dédiée à la réalisation du projet Grand Paris Express, ainsi qu'à quelques missions connexes.

Le projet Grand Paris Express, porté par la Société du Grand Paris, consiste en la réalisation de 200 km de nouvelles lignes de métro automatique (soit l'équivalent du réseau de métro parisien existant) avec 68 nouvelles gares qui sont autant de défis techniques et architecturaux. Le tracé des nouvelles lignes est très majoritairement en tunnel (90 %). Au pic de la phase de creusement, désormais atteint et même dépassé, plus de 20 tunneliers ont dû être mobilisés de manière concomitante.

Il est important de noter que la Société du Grand Paris demeure une maîtrise d'ouvrage jeune qui apprend en marchant (et parfois à marche forcée !). À cet égard, elle se différencie d'autres grands maîtres d'ouvrages publics historiques comme la SNCF, la RATP, EDF, ADP ou d'autres encore, qui disposent d'un retour d'expérience beaucoup plus important et de procédures éprouvées par le temps.

Autre particularisme, la capacité de la Société du Grand Paris à se financer directement sur le marché obligataire lui donne l'avantage de présenter la sécurité d'un projet entièrement financé, ce qui assoit sa crédibilité dans la conduite des discussions avec ses fournisseurs présents et futurs.

Mais il est tout aussi important de rappeler que la Société du Grand Paris, du fait de son objet et de ses missions, a une durée de vie limitée, ce qui la différencie encore davantage des autres grands maîtres d'ouvrages cités précédemment. Ce particularisme est loin d'être anecdotique dans la relation avec le panel de fournisseurs et dans l'approche que peuvent avoir ces derniers dans la conduite de la relation commerciale. On ne discute pas de la même manière avec un

client de long terme et le maître d'ouvrage d'un projet unique, aussi colossal soit-il.

Il faut enfin garder en mémoire le cadre juridique et institutionnel dans lequel s'inscrit le projet Grand Paris Express, dont la maintenance et l'exploitation seront confiées respectivement, par détermination de la loi, à RATP-GI et à Île-de-France Mobilités. Ainsi, dans l'exercice de ses missions et dans son interaction avec le marché fournisseurs, la Société du Grand Paris n'agit pas que pour elle, puisqu'elle doit prendre en compte les besoins et exigences des futurs exploitants et mainteneurs. Quand bien même les futurs gestionnaires des infrastructures et systèmes en cours de réalisation ne participent pas directement à l'acte d'achat et à l'exécution des marchés (sauf groupement de commande), ils n'en sont pas absents non plus avec une participation au moins indirecte (et parfois directe) pour la prise en compte de leurs besoins futurs.

B. - Les marchés de la SGP

2 - La SGP agit en tant qu'entité adjudicatrice sur la quasi-totalité des marchés concourant à la réalisation du Grand Paris Express. De ce fait, elle dispose d'une liberté accrue (par rapport aux pouvoirs adjudicateurs) pour recourir à la procédure négociée ou le dialogue compétitif.

L'ensemble des lignes sont réalisées sur la base des principes de la loi dite « MOP », à l'exception des lignes 15 Est et 15 Ouest pour lesquelles il a été fait le choix de contrats en conception-réalisation au titre des marchés globaux sectoriels de l'article L. 2171-6 du Code de la commande publique.

Le montage en loi MOP pour réaliser un objet d'une ampleur et complexité inégalées et l'obligation d'allotissement qui en découle ont conduit les équipes de la Société du Grand Paris à conclure, dans un laps de temps très court, un nombre de marchés extrêmement important.

Ces marchés, très diversifiés dans leur objet et dans leur montant, se décomposent comme suit, par grands types de procédures (chiffres au 1^{er} septembre 2021) :

Nombre par type	Procédure négociée	Procédure adaptée	Appel d'offres	Procédure sans mise en concurrence	Convention	Dialogue compétitif	Marché subséquent	Total
Procédures en cours de passation	118	27	9	9	4	4	6	177
Marchés en cours d'exécution	275	110	36	91	19	1	14	547
Total	393	137	45	100	23	5	20	724

C. - Les enjeux et risques de la discussion pour un acheteur public tel que la SGP

3 - Il n'est jamais inutile de rappeler, en interne comme en externe, que les discussions doivent respecter non seulement les grands principes de la commande publique et les contraintes posées par la procédure choisie, mais également les règles fixées par l'acheteur lui-même dans les pièces de la consultation (RC et DCE notamment). S'agissant de ces dernières, il arrive que l'on se rende compte, parfois un peu tard, que l'on s'est fixé des règles trop contraignantes au-delà des exigences légales ou réglementaires et inadaptées aux objectifs poursuivis. Il n'en demeure pas moins qu'elles doivent être suivies, au risque de mettre en péril la régularité de la procédure.

Mais, au-delà de l'évident respect des règles de la commande publique, un acheteur public ne doit pas oublier que l'intérêt premier de son entreprise est d'effectuer un achat pertinent et efficient, dans une logique de bonne utilisation des deniers publics.

Or, la discussion s'avère une condition indispensable à la performance de l'acte d'achat, étant précisé que cette performance de l'achat public ne se mesure pas seulement à l'issue de la procédure de passation, mais s'apprécie au terme du contrat, une fois celui-ci définitivement soldé.

La discussion correspond donc, pour un acteur comme la Société du Grand Paris, à un enjeu stratégique. C'est une condition nécessaire (bien que non suffisante) à la performance économique et opérationnelle de l'établissement.

Si l'on s'en tient au prisme des risques, puisque tel est le thème de l'intervention du jour, je considère que l'absence de discussion comporte plus de risques que la discussion elle-même, sous réserve bien entendu que celle-ci soit bien conduite, j'y reviendrai.

À l'aune de l'expérience qui est la mienne, somme toute assez récente dans la maîtrise d'ouvrage publique, la non-discussion peut conduire aux situations suivantes :

- des offres inadaptées au besoin ou en décalage fort par rapport aux coûts cibles : nous produisons parfois, et même souvent, des dossiers de consultation complexes, aussi bien dans leur partie technique qu'administrative. Si, dans la majorité des cas, les opérateurs économiques candidats à nos procédures sont rompus à ce type d'exercice, nos DCE peuvent paraître difficiles à appréhender et peuvent engendrer des offres non adaptées au besoin. Il faut donc dissiper les incompréhensions, éliminer les contre-sens ou écarts majeurs de lecture et c'est bien tout l'intérêt de la discussion. À titre d'exemple, le constat d'un écart de prix significatif en première offre doit conduire l'acheteur public avisé à interroger le candidat sur sa compréhension du besoin ;

- une insuffisance de candidats :

- certains opérateurs économiques candidats ou titulaires de nos marchés sont moins aguerris aux procédures de passation des marchés publics (PME, ETI...) et notre pratique de la discussion tout au long du cycle de vie du marché doit pouvoir s'adapter à ces

catégories de fournisseurs, dont il convient d'encourager la participation aux grands projets d'infrastructures,

- l'établissement passe un nombre important de marchés, dont certains pour des montants très significatifs, dans un laps de temps très court. Le risque de saturation du marché est donc réel. Face à un tel risque, il est impératif de s'assurer d'un minimum d'intensité concurrentielle. Il faut donc organiser la discussion pour d'une part, solliciter le marché des fournisseurs par des approches de type *sourçage* et, d'autre part, ne pas perdre de candidats en route ;

- le risque de contrats inexécutables. Dans le contexte d'un projet extrêmement complexe, les données d'entrée ne sont pas toujours stabilisées au stade de l'avis de marché ou du DCE. La discussion doit donc permettre d'ajuster les pièces du marché à des évolutions du projet (exigences techniques, interfaces, *planning*,...) tout en respectant, à chaque stade de la procédure, le seuil de modification admissible. Il n'est de plus mauvaise situation contractuelle que de signer un marché sur des bases que les parties savent obsolètes dès son démarrage ;

- le risque de contentieux : si les causes des différends en cours d'exécution sont multiples, il est tout de même quelques figures récurrentes. Les ambiguïtés ou contradictions de rédactions en font partie. Une bonne compréhension des pièces constitutives du marché par le candidat et une bonne compréhension par l'acheteur public de la manière dont le candidat appréhende l'exécution du marché et la gestion des risques associés permet d'éviter, ou à tout le moins d'anticiper, un certain nombre de différends en cours d'exécution.

Si la discussion présente indéniablement un bilan risques avantages très largement positif, il ne faut cependant pas pécher par excès de candeur sur ses vertus et possibilités. Chacun définit en effet sa stratégie de discussion à l'aune de son intérêt. Or, si l'on se met un instant de l'autre côté de la table, exercice auquel les personnes publiques et privées devraient s'astreindre plus souvent, un candidat peut ne pas avoir intérêt à relever une contradiction des pièces, une erreur matérielle ou une ambiguïté de rédaction pour l'utiliser ensuite comme levier de négociation, une fois le marché attribué. La discussion n'étant jamais très éloignée de la négociation, c'est en fonction de sa perception des rapports de force qu'une partie ou l'autre va solliciter ou provoquer la discussion. Or, il ne fait aucun doute que ce rapport de forces évolue dans le temps avec un infléchissement notable entre la phase de passation et la phase d'exécution.

2. Les principaux risques de la discussion en pratique

4 - Le professeur Roux, dans son intervention, propose d'examiner les risques de la discussion sous l'angle temporel, organique et matériel. Pour les besoins d'une présentation de ces mêmes risques sur un plan pratique, nous retiendrons uniquement l'approche temporelle en recensant les principaux risques auxquels un établissement

comme la Société du Grand Paris est confronté dans la conduite des discussions avec les opérateurs économiques. Ceci nous permettra d'exposer quelques réponses et actions pratiques qui ont pu être mises en œuvre pour en réduire la probabilité d'occurrence et la criticité.

A. - Les risques des discussions en phase de passation

5 - Ne serait-ce que pour ne pas ignorer le sujet, il me paraît nécessaire de rappeler, sans rentrer dans les qualifications juridiques que pourraient revêtir de telles pratiques, quelques risques majeurs liés à des discussions qui ne doivent pas avoir lieu.

L'acheteur public doit, en premier lieu, rester extrêmement vigilant sur le risque de fuite accidentelle ou organisée d'informations relatives à ses procédures de passation. Le risque est d'autant plus accru que le nombre d'acteurs et de personnes intervenant pour chacun d'eux est important. La réponse pratique qui me paraît la plus efficace face à un tel risque relève d'une part de la gestion rigoureuse de la confidentialité pendant toute la phase de passation, en limitant au maximum le nombre de personnes ayant accès aux éléments des offres, et d'autre part, de la gestion tout aussi rigoureuse des situations de conflits d'intérêts qui peuvent exister ou survenir entre les différentes personnes physiques et morales participant à l'acte d'achat ou à l'exécution des marchés. Ce dernier point est d'autant plus crucial à piloter pour la Société du Grand Paris i) que cette dernière passe un très grand nombre de marchés très techniques pour des montants financiers parfois considérables avec un nombre limité d'opérateurs économiques en capacité de répondre – il en résulte que certains acteurs participent à un nombre important de marchés et de procédures en cours – ii) qu'elle a dû recourir à un nombre important d'assistants à maîtrise d'ouvrage pour pallier notamment une situation de sous-effectifs et iii) qu'elle emploie des personnels qui proviennent pour certains d'entre eux, d'opérateurs économiques participants aux procédures d'achat.

En second lieu, l'acheteur public doit veiller à l'absence de discussion et plus généralement de comportement anti-concurrentiel entre les candidats à ses procédures. Outre le principe de prohibition de telles pratiques, il en va de la performance de l'achat public, quelle que soit d'ailleurs la procédure suivie. Il est par conséquent de la responsabilité de l'acheteur public d'intégrer l'exigence d'un minimum d'intensité concurrentielle dans ses démarches de sourcing et dans la stratégie d'allotissement qu'il détermine. Il doit par ailleurs, tout au long de la procédure, être vigilant sur des signaux faibles qui pourraient laisser suspecter une entente qu'il peut, le cas échéant, signaler à l'autorité de la concurrence. De manière très pratique, nous avons programmé avec l'assistance de la DGCCRF, des actions de formation et de sensibilisation de toute la population participant aux procédures d'achat de la Société du Grand Paris, aux risques des pratiques anti-concurrentielles et à la détection des signaux faibles de telles pratiques.

Si l'on se recentre sur les risques qui découlent de la pratique des discussions, les deux principaux risques induits par la pratique de la discussion en phase de passation sont, d'une part, le risque d'ouvrir à certains candidats, ou à d'autres tiers intéressés, des moyens supplémentaires de recours et d'annulation d'une procédure et, d'autre part, le risque pénal du fait d'un manquement aux grands principes de la commande publique, et notamment d'impartialité et d'égalité de traitement des candidats. S'agissant du risque de recours, il s'agit d'un point de vigilance majeur eu égard au délai très contraint dans lequel l'infrastructure du Grand Paris Express doit être livrée. À l'instar de tous les autres acheteurs publics, la Société du Grand Paris est confrontée à des recours sur certaines de ses procédures. Pour l'heure, ces recours ont pris la forme de référés précontractuels et aucun n'a prospéré. S'agissant du risque pénal, notamment au titre du délit de favoritisme (ou plus exactement d'octroi d'avantages injustifiés) ou

au titre du délit de prise illégale d'intérêts, l'exposé du professeur Roux a rappelé qu'il n'était en rien virtuel. C'est donc un point d'attention de tous les instants tout au long des procédures, et à cet égard, la Société du Grand Paris a conçu son organisation pour permettre la participation des juristes aux côtés des acheteurs et alerter sur toute situation de risque.

B. - Les risques des discussions en phase d'exécution des marchés

6 - Pour résumer la pratique qui est la nôtre, et dont je suppose qu'elle ne doit guère différer de celle d'autres grands maîtres d'ouvrages, nous pratiquons la discussion à tous les instants et à tous les niveaux avec les titulaires des différents marchés. La discussion démarre d'ailleurs dès la notification du marché avec une réunion de lancement prévue à cet effet avec le titulaire et elle se poursuit tout au long de l'exécution, jusqu'à sa clôture.

Pour encadrer un tant soit peu la pratique, le principe d'airain à faire respecter de mon point de vue consiste, pour la personne publique, à veiller à ce que le titulaire exécute le marché, même en cas de désaccord, la discussion ne pouvant être posée comme une condition à l'exécution.

En phase d'exécution, l'expérience démontre que ce sont principalement les écarts entre les stipulations du marché et les conditions réelles de son exécution qui donnent lieu aux discussions les plus nourries. Il n'est pas inutile de rappeler que les règles relatives à la modification des contrats en cours sont strictement encadrées par le Code de la commande publique et l'extension, par la loi ASAP du 3 décembre 2020, du bénéfice de ce régime aux contrats antérieurs à 2016 est à saluer.

Du point de vue de la personne publique, parmi les principaux risques et écueils de la discussion, deux d'entre eux me paraissent prééminents :

- le risque de payer ce qu'elle ne doit pas, ou plus que ce qu'elle ne doit. L'interdiction des libéralités et le risque pénal de délit de favoritisme rendent périlleuses pour les personnes publiques certaines discussions en cours d'exécution, notamment celles relatives au traitement des réclamations. Indépendamment du risque pénal ou d'irrégularité des actes d'exécution des marchés, l'acheteur public a constamment le souci des deniers publics et la crainte de trop payer. Toute la difficulté réside dans le référentiel à partir duquel il va considérer que le paiement est excessif. Implicitement ou explicitement, l'acheteur public se réfère à son estimation de ce qui serait alloué par le juge du contrat si ce dernier était saisi de la demande. Or, dans nombre de cas, une fois passé l'examen de la recevabilité de la demande, il est extrêmement difficile de déterminer avec précision le quantum du préjudice. La détermination des conséquences financières des retards de chantiers constitue probablement l'un des exercices les plus épineux dans la conduite d'un projet tel que le Grand Paris Express. En effet, elle présuppose une analyse fine de causalité afin de définir les parts respectives d'imputabilité des retards parmi les différentes causes qui y ont contribué et, une fois cet exercice fait, une appréciation stricte du préjudice qui en résulte pour le titulaire. Pour être en mesure de procéder à un tel exercice, il est nécessaire de bien tracer tous les écarts et notamment les retards et leurs causes au fur et à mesure de l'exécution du marché, puis dans la conduite des discussions avec le titulaire, de bien justifier des positions et de s'entourer de conseils si besoin ;

- la démultiplication des interlocuteurs dont les intérêts ne sont pas alignés constitue un autre écueil important de la discussion, tout particulièrement dans le cadre de la relation triangulaire maîtrise d'ouvrage – maîtrise d'œuvre – entreprise induite par le montage en loi MOP. Cette relation triangulaire conduit à des discussions à trois, précédées et suivies par des séries de discussions bipartites entre les trois acteurs. Si généralement maître d'œuvre et maître d'ouvrage

s'accordent dans leur position à l'égard de l'entreprise, il en va différemment dès que la difficulté rencontrée résulte d'un problème de conception, avec en arrière-plan la jurisprudence Haute-Normandie.

Outre les trois acteurs précités, la conduite de la discussion dans un projet de l'envergure du Grand Paris Express est nécessaire multipartite puisqu'elle implique directement ou indirectement d'autres intervenants en interfaces, dont certains sont en relation contractuelle avec la maîtrise d'ouvrages (autres entreprises participant au projet), d'autres non (RATP, SNCF, gestionnaires de réseaux, etc.). La Société du Grand Paris a décidé de réaliser les marchés des lignes 15 Est et 15 Ouest en conception-réalisation, ce qui devrait simplifier la gestion des interfaces et réduire considérablement le nombre d'acteurs dans la discussion, au moins du point de vue de la maîtrise d'ouvrage.

Non seulement la discussion est multipartite, mais elle l'est à plusieurs niveaux. Ceci vaut autant pour la personne publique, qui interagit avec un certain nombre d'acteurs, dont ses organes de tutelle ou de contrôle, que pour le titulaire, qu'il serait illusoire de considérer comme un bloc homogène. Les titulaires des marchés de la Société du Grand Paris sont très souvent des groupements d'entreprises, dont chacune défend ses intérêts propres dans la préparation et la conduite des discussions. Il n'est pas rare que la préparation de négociations entre titulaire et groupement donne lieu à des discussions houleuses entre membres du groupement titulaire, ne serait-ce que pour arrêter une position commune qui sera portée par le mandataire du groupement. À la lumière de cette réalité, il est impératif pour la personne publique de s'assurer que le mandataire du groupement est bien habilité par les autres membres du groupement à conduire la discussion et, de manière encore plus pragmatique, que les personnes physiques qui le représentent ont bien le pouvoir de négocier et de conclure.

En guise de conclusion à cette intervention, je souhaite partager quelques constats et conseils, qui peuvent paraître relever de l'évidence, mais se sont avérés utiles dans la conduite de discussions sur des projets complexes aussi bien en France que dans d'autres contrées :

- il ne faut pas avoir peur de la discussion tout en étant bien conscient des risques qu'elle recèle ;
- pour être efficace, la discussion se prépare et s'organise, avec une vision claire et partagée des jalons et des objectifs. Ce n'est pas à la fin des débats, lors de la rédaction de la clause de renonciation à recours de l'avenant ou du protocole transactionnel, que doit se poser la question du périmètre de la discussion. C'est au contraire au démarrage de ceux-ci que les parties doivent s'accorder sur les sujets qu'elles ambitionnent de purger ;
- elle doit être conduite à bon niveau et de bonne foi, étant généralement constaté que le comportement de chaque partie influence l'attitude de l'autre ;
- il faut savoir la clore ;
- l'assistance d'un tiers médiateur ou conciliateur, s'il est bien choisi, peut permettre de trouver un consensus à des situations de blocage, en aidant les deux parties à s'écarter de postures de principes et en leur fournissant une justification argumentée, documentée et juridiquement robuste des points d'équilibres vers lesquels elles pourraient converger ;
- l'accord qui résulte des discussions doit être formalisé avec clarté et précision en utilisant l'instrument juridique le plus adéquat.

MOTS-CLÉS : *Contrats / Commande publique - Discussion*

2344 Les risques de la discussion (3)

Michaël KARPENSCHIE,

professeur à l'université Jean Moulin Lyon 3 et
avocat au barreau de Lyon, modérateur

J'ai un exercice difficile puisque j'ai 15 minutes pour résumer ce qu'on s'est dit hier pendant 1 heure 30. Je vais aller à l'essentiel. Je remercie François Lichère pour l'organisation de ce colloque.

Sur la question de la discussion, on s'aperçoit qu'il y a un problème central, c'est que la discussion suppose l'oralité. On n'imagine pas la discussion par écrit. Si c'est une discussion par écrit, est-ce que ce n'est pas déjà une négociation ? Donc le sujet qui nous est posé ici c'est la place de l'oralité dans la passation des contrats. Et on s'aperçoit que finalement, ce qui est vite apparu c'est que la place de l'oralité, de la passation jusqu'à l'exécution des contrats est assez faible. À partir du moment où elle est assez faible, la discussion s'en trouve affectée. On avait vu un certain nombre d'éléments que je vais essayer ici de résumer rapidement.

On s'aperçoit qu'on a besoin de cette discussion orale. Ça peut être avant le contrat. C'est ce qu'on évoquait avec la question du *sourcing* ou *sourcing*, c'est selon. Il y a besoin d'encadrer ces discussions qui sont préalables à la passation du contrat. Et de la même manière, pour assurer une sécurité juridique alors s'il faut mettre un peu d'oralité dans la passation du contrat, et comme l'oralité n'est pas prévue dans le Code de la commande publique, pas plus que dans les directives marché ou concession, alors on va essayer de mettre en place une réglementation pour organiser cette discussion. C'est ce qu'on voit fleurir un peu partout avec des règlements aujourd'hui de *sourcing* où on explique les conditions dans lesquelles on va négocier. Tout ça pour garantir que cette discussion se passe sereinement. Ce qui apparaissait également, c'est qu'il y a le revers de la médaille, c'est-à-dire que si on commence à encadrer trop cette discussion, on risque de la priver de son objet car son intérêt est qu'elle ne soit pas bornée totalement, c'est qu'on puisse aborder des éléments préalables au lancement de la consultation. C'est souvent grâce à la discussion que le pouvoir adjudicateur va se faire une juste opinion de la nécessité, de l'importance de la nature de ses besoins car il va voir l'état du marché, si une technologie existe ou pas, si son envie est fantasmée ou possible. On évoquait le cas du musée des confluences. Ensuite on avait dit que la discussion c'est très bien, mais qu'il faut quand même l'encadrer. La discussion apparaît comme nécessaire, pour préciser le besoin, dans l'exécution du contrat. Elle est indispensable. Et pourtant elle n'est pas tellement prévue dans les règles de passation de la commande publique. Elle est aussi gênée par un élément presque sacro-saint, c'est-à-dire le principe de transparence. À partir du moment où il faut assurer cette maison de verre, la transparence dans l'accès à la commande publique, la transparence dans le choix et l'application de ces critères de pondération toute discussion est un peu suspecte. Donc il faut permettre à la fois cette discussion, l'encadrer mais pas trop sinon on en perd sa substance même et l'intérêt qu'elle peut revêtir. Ça, c'était la première conclusion.

La deuxième conclusion qu'on avait tirée, c'est qu'à partir du moment où la discussion n'est pas prévue dans les règles de la commande publique, elle est presque naturellement ou mécaniquement suspecte, puisqu'il n'y a pas de cadre organisé. Alors à partir du moment où il n'y a pas de cadre organisé, dès qu'on commence à discuter en dehors d'un cadre qui est organisé, tout de suite il peut y avoir une suspicion de différente nature. Il y a les éléments de droit de la concurrence sur lesquels je ne m'arrêterai pas trop, mais il y a évidemment en fait la discussion en matière d'entente c'est plutôt préalablement à la remise des offres puisqu'une fois que les offres sont remises bien sûr il peut y avoir des échanges entre les candidats qui sont apparemment des candidats concurrents, mais on peut imaginer, d'ailleurs la jurisprudence de l'autorité de la concurrence est constante, il ne peut pas y avoir d'échange préalablement à la remise des offres. Il n'est pas forcément sanctionné qu'il puisse y avoir des échanges, mais ce n'est pas dans l'intérêt des candidats d'aller révéler à leur concurrent la nature de l'offre qu'ils ont éventuellement faite ou déposée. Donc le risque d'entente, de pratique anticoncurrentielle est un élément important. Il y a le risque pénal. Le risque pénal n'est pas si fantasmé que ça. Le risque pénal pour le pouvoir adjudicateur, mais aussi du côté des entreprises, car le recel du délit de favoritisme n'est pas une théorie. On avait aussi souligné un élément important qu'il faut bien garder à l'esprit, qu'on ne voit jamais dans les ouvrages d'ailleurs. C'est que la question de la qualification juridique de l'infraction pénale. Je me rappelle d'un échange avec Philippe Terneyre, je vais le faire parler sans qu'il ne soit là. Il disait que la prise illégale d'intérêt ou le délit de favoritisme, c'est une sorte de délit soviétique, tout le monde est dedans sans le savoir. C'est un peu exagéré, mais la formule me plaisait bien, en disant finalement que l'élément intentionnel n'est pas si évident que ça, il est souvent présumé. D'ailleurs le risque pénal est évidemment nécessairement dans les têtes du pouvoir adjudicateur et des soumissionnaires, il n'y a pas de cadre organisé pour la discussion. Si on discute est-ce que potentiellement ça ne recèle pas un élément constitutif un élément de nature pénale. Il y a un élément qui a été évoqué par Christophe Roux, c'est la question du transfert d'informations, et le secret des affaires est un vrai problème notamment dans le cadre d'une procédure organisée de négociation. Quand on passe un contrat de concession, ou un dialogue compétitif, il est évident que l'échange d'information avec le pouvoir adjudicateur, qui peut faire ce que l'on appelle dans un mauvais français du *cherry-picking*. C'est-à-dire venir prendre des informations de l'un qui vont être communiquées à l'autre pour essayer d'améliorer l'offre globale. Or, là ça pose un énorme problème. A a une excellente solution, B n'y a pas pensé, mais B est moins cher. Alors peut-être que B pourrait trouver la même solution que A, mais moins chère. Et ça, c'est un élément difficile dans le cadre de la négociation car cette discussion conduit à une infrac-

tion, un transfert de technologie, un appauvrissement de l'offre. Et ça peut aussi conduire à réduire le spectre de la discussion. Parce que quand on est un candidat, est-ce qu'on a envie de tout mettre sur la table pour le dire familièrement. Ou est-ce qu'on n'a pas peur que le pouvoir adjudicateur se serve de cette information pour la transférer à un tiers. Donc finalement ces éléments dérivent de la discussion.

Il y en a un dernier, plus fondamental encore et plus difficile, et je ne vois pas de moyen d'y mettre complètement fin. C'est que la discussion traduit aussi cette dissymétrie informationnelle qui existe. Cette dissymétrie informationnelle est à plusieurs étages. Elle est entre pouvoir adjudicateur et entreprise. Elle est aussi entre entreprises. Je ne suis pas toujours certain quand on dit qu'il y a une dissymétrie informationnelle car le pouvoir adjudicateur a plus d'informations au moment de la passation et l'entreprise a plus d'informations au moment de l'exécution. C'est vrai qu'au moment de l'exécution, l'entreprise c'est elle qui est là, elle sait ce qu'il se passe. Mais ce n'est pas toujours vrai, parce que sur des grands marchés, vous avez des opérateurs aujourd'hui qui maîtrisent totalement la chaîne, qui maîtrisent le financement d'un projet, qui maîtrisent l'architecture du projet, qui maîtrisent le financement l'exploitation de l'infrastructure qui va être créée. Et moi je reste persuadé compte tenu du certain nombre de contrats que j'ai pu assister, que le pouvoir adjudicateur est dans une situation d'infériorité par rapport au soumissionnaire. Parce que le soumissionnaire connaît en réalité bien que le pouvoir adjudicateur la manière et la façon d'aller réaliser un ouvrage. Donc cette asymétrie est aussi entre opérateurs qui soumissionnent et qui n'ont pas tous le même niveau d'information et la discussion peut accroître cette dissymétrie d'information. Mais il existe aussi une forme d'asymétrie dont on parle assez peu qui est celle de la meilleure connaissance du soumissionnaire par rapport au pouvoir adjudicateur. Évidemment, la discussion va entraîner des conséquences sur la nature même du contrat, qui va être passé, sur l'inscription de clauses nouvelles auxquelles le pouvoir adjudicateur n'avait pas pensé parce qu'il n'avait pas imaginé que cela puisse être possible. Et tout cela va jouer sur la place de la discussion et donc sur son caractère suspect.

Enfin, troisième et dernier point, paradoxal en fait. C'est que l'oralité peut aussi préserver du contentieux. Tant que tout reste oral et

n'est pas consigné, l'administration de la preuve au contentieux de l'existence d'information de traitement différent d'un soumissionnaire par rapport à un autre est extrêmement difficile à apporter, puisque par définition tout cela est oral. On a des phénomènes un peu inverses. Des pouvoirs adjudicateurs, des collectivités, ont pour certains décidé de mettre en place des enregistrements des procédures de négociation pour se protéger. Mais en fait c'est à double sens. Le fait d'enregistrer ce type d'échange peut tout à fait se retourner contre le pouvoir adjudicateur en démontrant qu'en fait cette discussion a dérivé vers une négociation des termes du contrat et a modifié le contrat lui-même. Finalement l'oralité, et c'est un peu le paradoxe de tout cela, est indispensable pour la définition du besoin pour la bonne exécution du contrat, pas de place de l'oralité dans la passation de ces contrats ni même dans l'exécution desdits contrats, sauf dans les procédures organisées, mais même encore quand la procédure de négociation est organisée il faut encore que le règlement lui-même prévoit les conditions dans lesquelles on négocie et on discute, donc tout cela est très formalisé. Quelque part plus on s'extrait de ce cadre rigoureux, qui a vocation à protéger et assurer l'égalité de traitement entre opérateurs, qui est un principe fondamental de la commande publique plus finalement on s'expose à un risque contentieux. Et d'ailleurs l'exemple pour terminer, c'est qu'on voit bien qu'il y a peu de contentieux sur la modification substantielle d'un contrat de délégation de service public, puisque par définition aujourd'hui même la jurisprudence du Conseil d'État de ce point de vue-là est plutôt souple puisqu'on n'est même pas obligés de prévoir la durée du contrat, cela va dépendre des investissements qui vont être réalisés. Finalement on se retrouve dans une situation où comme il y a beaucoup de négociations dans la procédure, le risque contentieux lié à la discussion est plus faible que dans la passation d'un marché, évidemment a fortiori dans un appel d'offres. Puisque dans un appel d'offres, il n'y a pas d'oralité, il n'y a pas de discussion et donc si discussion il y a, le contentieux est plus facile à mener pour obtenir l'annulation du contrat. Je crois que j'ai respecté le temps qui m'était imparti. Merci.

MOTS-CLÉS : *Contrats / Commande publique - Discussion*

2348 Synthèse du colloque

Laurent RICHER,

professeur émérite de l'université Paris I Panthéon-Sorbonne

1 - Avant de passer à cette synthèse, je dirai « Enfin, François Lichère vint ! » pour répondre à un de mes plus anciens souhaits, que la recherche en droit administratif se tourne vers l'observation du terrain, ce qui jusque-là est resté assez rare si l'on se réfère ne serait-ce qu'aux thèses de droit administratif : merci François d'avoir inventé cette Chaire de droit des contrats publics et de m'y avoir associé.

La lacune que j'évoque est comblée par l'objet principal de la Chaire qui est d'observer la vie du contrat, au-delà du droit, parfois en-deçà du droit. Et le sujet d'aujourd'hui se prête parfaitement à cette démarche puisqu'il porte sur la discussion, la négociation. Si je me réfère à l'étymologie, *discussio* signifie secousse, affrontement et *negotium* signifie pas de loisirs, négation de l'*otium* : on ne se repose pas. Donc nous sommes vraiment dans la vie.

Le colloque porte sur la discussion dans les contrats publics ; en fait nous n'avons parlé que des contrats de la commande publique, on a un peu évoqué la négociation dans les contrats d'occupation du domaine public, mais on a laissé de côté un monde quand même vaste qui est celui des contrats autres que ceux de la commande publique.

Également on a beaucoup parlé de la négociation, ce qui implique une prise de position, implicite en tout cas, sur la notion de discussion qui est considérée comme plus large puisque la négociation est englobée dans la discussion. Donc la négociation ne serait qu'une forme de discussion ou un élément de la discussion.

Cependant, la discussion, on l'a vu, peut prendre plusieurs formes, par exemple on a évoqué le *sourcing* qui, tantôt va être une simple consultation, tantôt pourra prendre une forme plus élaborée de discussion. Tout cela nous amène à un sujet auquel j'aurais aimé échapper, mais je crois qu'on ne peut quand même pas échapper au problème de la définition : qu'est ce qui résulte au point de vue notionnel de nos débats ? Quand est-ce que la discussion commence ? Se différencie-t-elle de la négociation ? C'est le premier point qui me semble ressortir de toute cette journée.

Ensuite, on ne discutera pas le fait qu'il s'agit d'une notion fonctionnelle et pas d'un concept juridique, mais quelles sont les fonctions de cette notion fonctionnelle ? À mon avis, on en a dégagé deux principales.

Pour terminer je m'interrogerai sur la nature de la discussion au regard de ce qui, selon Péquignot, qu'on a évoqué plusieurs fois, caractérise l'ensemble des contrats administratifs, c'est-à-dire la notion de collaboration. Ce sont d'après cet auteur des contrats qui font collaborer les « particuliers », comme on disait à l'époque, avec l'Administration (avec un « A » majuscule toujours selon Péquignot). Généralisation un peu abusive parce que dans un contrat d'occupation du domaine public, je ne vois pas très bien où se trouve la collaboration, mais peu importe car dans les contrats de la commande publique, sans trop d'efforts, on peut identifier un élément de colla-

laboration, aussi on s'interrogera sur la relation entre discussion et collaboration.

1. La notion de discussion

2 - Au cours du colloque on a parlé beaucoup de négociation, beaucoup de discussion mais aussi, de dialogue que le premier intervenant a identifié dans les nouveaux CCAG, lesquels ont créé de nouvelles occasions de dialogue. On a aussi évoqué, toujours sous l'égide de la discussion, les échanges, les questions-réponses dans les appels d'offres, les demandes d'éclaircissement, etc. Tout cela *a priori* pourrait relever de la discussion.

Si l'on essaie de clarifier pour essayer de discriminer entre ce qui est négociation, ce qui est discussion et ce qui n'est rien du tout, ni discussion ni négociation, je pense qu'on peut partir de la tentative de clarification de Marion Ubaud-Bergeron, peut-être en l'incurvant un tout petit peu au regard des définitions classiques.

Dans la discussion, personne ne le niera, on assiste à un échange d'arguments, ce qui veut dire que s'il s'agit simplement de collecte d'informations sans échanges ou de réponses à des questions, il ne peut pas s'agir d'une discussion. Donc échange d'arguments, pour et contre une position, au sujet d'un problème, démarche bien connue des juristes puisque les juristes passent leur vie à faire du *pro-contra* et à essayer de voir qui a gagné.

La négociation suppose une discussion ; une négociation sans discussion cela paraît un peu difficile. Mais par rapport à la discussion, elle présente une différence : elle débouche sur un résultat qui est un accord sur un contenu contractuel (quand on parle de négociation dans un contexte contractuel évidemment). Donc la différence porte sur le résultat, la discussion ne débouche pas sur un accord créant ou modifiant un contrat, alors que la négociation est une discussion qui débouche sur un tel accord. Cela ne signifie pas que la discussion n'aboutit pas à un résultat, la discussion n'est pas forcément académique, la discussion peut déboucher sur un résultat, mais qui n'est pas un accord contractuel. Cela peut être une décision unilatérale ou cela peut-être un constat, un accord sur l'interprétation d'une clause, etc. Voilà la définition que je propose, en incurvant un tout petit peu les propositions du professeur Ubaud-Bergeron.

Si on applique cette définition aux différents phénomènes qui ont été évoqués tout au long de cette journée, j'essaie d'identifier ce qui relève de la négociation, ce qui relève de la discussion et ce qui ne relève ni de l'un ni de l'autre.

D'abord – je pense que cela ne fait pas doute ! – relèvent de la négociation les discussions qui aboutissent à la conclusion du contrat initial, dans tous les cas où le Code de la commande publique admet la négociation. On relève aussi, complémentirement, la mise au point du contrat, dans le cas d'appels d'offres puisqu'en fait, c'est une mini-

négociation. Également, Guillaume Delaloy, a évoqué les nouveaux cas, introduit dans les CCAG, notamment il a cité les articles 44 et 45 du CCAG FCS, de possibilité de discussions dans le cas de suspension ou dans le cas de réexamen pour circonstances nouvelles. Et il a bien relevé que dans ces cas-là, les discussions vont déboucher en fin de compte sur un accord à valeur contractuelle qui va apporter des modifications temporaires ou définitives au contrat. Donc si on applique la définition sus-admise, enfin supposée admise, il s'agit de négociation. C'est une discussion qui a abouti à un accord ayant valeur contractuelle.

En revanche relèveront non pas de la négociation mais de la discussion, y compris dans le cadre d'un appel d'offres, les deux sortes de discussions que j'évoquais, à savoir celles qui ont pour résultat une décision et celles qui ont pour résultat un fait, un constat, la validation d'une interprétation. Par exemple, cela a également été cité, la possibilité ouverte à l'entreprise de s'expliquer avant que soit prise la décision de lui infliger une pénalité. Typiquement c'est une discussion qui débouche (ou qui ne débouche pas) sur une décision unilatérale. Personne ne niera que l'infliction d'une pénalité ne constitue pas un accord contractuel, mais une décision unilatérale.

Un autre cas qu'on a évoqué est celui dans lequel lors d'un appel d'offres ou d'une procédure négociée en matière de délégation de service public, l'entreprise remet en cause un élément de l'appel d'offres. Ainsi, un opérateur économique considère que le règlement de la consultation comporte un article inapplicable ou illégal. Faut-il protester, au risque de se faire mal voir de l'adjudicateur ? Le candidat courageux peut entamer une discussion. Je pense à un cas que j'ai rencontré dans une délégation de service public de chauffage urbain : le cahier des charges comportait une spécification technique intangible, interdisait de négocier cette spécification interdisant l'utilisation de produits chimiques. Impossible de réaliser l'installation de chauffage urbain conformément à la réglementation sur les rejets car il faut des produits chimiques. Mais le rédacteur du cahier des charges pensait que la chaux n'était pas un produit chimique. Le choix offert aux entreprises est alors de déposer une offre non conforme à la réglementation mais conforme au cahier des charges, ou une non conforme au cahier des charges et conforme à la réglementation. En pareille situation, il peut bel et bien y avoir discussion sur le contenu du cahier des charges ou du règlement de la consultation.

Autre forme de discussion, en cours d'exécution du contrat, par exemple sur l'interprétation d'une clause. C'est vrai que bien souvent les contrats comportent des clauses qu'on n'a pas regardées d'assez près et dont les ambiguïtés se révèlent en cours de route, parfois des erreurs évidentes. Par exemple, il est prévu une pénalité de 0,0003 % alors qu'en réalité c'est 0,003 % qui aurait dû être écrit. Cela se discute. On peut aussi assister à des discussions techniques sur la mise en œuvre, le sens exact d'un plan d'exécution. Dans ces cas-là on n'aboutit pas vraiment à une décision, cela débouche sur un comportement, sur un fait qu'on qualifiera éventuellement de fait juridique.

À côté de cela, il y a, me semble-t-il, des hypothèses qu'on a évoquées qui ne relèvent ni de la discussion, ni de la négociation mais qu'on peut qualifier de consultation ou de recueil d'informations. Je pense par exemple aux échanges de questions-réponses dans les appels d'offres. Il s'agit de clarifier le sens de l'appel d'offres, c'est permis. Cela n'est pas de la négociation puisque la négociation est interdite dans les appels d'offres.

Également, le *sourcing*, lorsqu'il se borne à explorer le marché, les produits, les fournisseurs relève du recueil d'informations et évidemment pas de la discussion.

Enfin, il reste une quatrième catégorie, ce sont les cas douteux c'est-à-dire ceux pour lesquels, soit je ne sais pas trancher, soit on peut hésiter. Je pense à la discussion dans le dialogue compétitif à propos de laquelle il y a eu un débat que François Lichère a évoqué. Il y a bien longtemps j'ai écrit un petit article avec Alain Ménéménis où nous

soutenions que la discussion dans le dialogue compétitif était en fait une négociation d'un projet de contrat. L'enjeu n'est pas fondamental. On peut aussi s'interroger sur la portée des procédures de conciliation contractuelle ou de médiation judiciaire. Si vous permettez j'y reviendrai plus tard dans le troisième point de ce rapport.

En résumé, pour conclure sur cet aspect définitionnel, la discussion peut être définie comme un échange d'arguments au sujet de propositions en concurrence qui débouche sur un résultat autre qu'un accord sur le contenu du contrat, auquel cas c'est une négociation. Je pense que cela résulte à peu près de nos travaux.

2. Les fonctions de la discussion

3 - Alors quelles sont les fonctions de la discussion ? Il me semble que se dégagent deux fonctions qui sont, d'une part améliorer la qualité du contrat et d'autre part fluidifier son exécution, en tentant de surmonter les difficultés d'exécution.

D'abord en ce qui concerne l'amélioration de la qualité du contrat, un intervenant a affirmé sa foi dans la négociation en disant qu'un contrat peut-être inexécutable parce qu'il a fait l'objet d'une discussion insuffisante. Donc un contrat qui n'a pas fait l'objet de discussion pourrait devenir inexécutable à raison de cette carence. Il est vrai que les économistes recommandent la négociation dans un certain nombre de cas où ils considèrent que l'appel d'offres aboutit à de mauvais résultats. En gros, si l'on se réfère à la littérature économique assez abondante sur ce sujet, la négociation serait conseillée dans trois cas principaux : quand la concurrence est faible, l'appel d'offres fonctionnant d'autant mieux qu'il y a plus de concurrence ; quand l'acheteur a peu d'expertise, négocier lui permettant de s'instruire et quand le contrat est complexe. Le droit de la commande publique ne tient pas complètement compte de ces orientations, puisqu'il fait place à la complexité, il fait un tout petit peu place à l'absence de concurrence, avec le cas de la détention de droits exclusifs, mais le reste des considérations n'est pas vraiment pris en compte, même si depuis vingt ans, la place de la négociation s'est considérablement développée, mais moins que ce qu'on espérait puisque la directive de 2014 continue à faire de la négociation une procédure dérogatoire. De plus, ce développement est limité par la nécessité de respecter les principes de la commande publique et par certaines pesanteurs, l'impartialité, la transparence, la peur de se compromettre, la temporalité de la discussion, le manque d'expertise. Cela fait quand même beaucoup d'obstacles.

La deuxième fonction de la discussion est de fluidifier la relation contractuelle. En effet, il y en a spécialement besoin dans notre culture juridique : nos contrats ne font pas 1 500 pages comme en Australie, ainsi que l'a relevé un intervenant. Donc au cours de l'exécution du contrat celui-ci est co-construit en prenant le mot construction partiellement dans le sens anglais de construction par interprétation et application des clauses. La discussion est le point de départ, elle permet de dissiper les incompréhensions, de régler les problèmes d'interprétation, d'éviter les conflits potentiels. Par exemple, en discutant sur la réception avec réfaction d'un ouvrage qui n'est pas entièrement conforme on arrive à régler un conflit potentiel, même s'il y a peut-être à redire sur la modification éventuelle du contrat.

Également, il me semble que s'est fait jour un accord entre les intervenants pour considérer que les procédures de réclamation sont une forme de discussion, à condition bien sûr qu'il y ait une réponse à la réclamation. Si la réponse est le silence valant rejet, il est difficile de parler de discussion. Et à condition qu'il y ait véritablement échange c'est-à-dire que chacun ne se crispe pas sur ses positions. Voilà me semble-t-il les deux fonctions de la discussion qui se dégagent.

3. La nature de la discussion

4 - Est-ce qu'il faut déduire de ce qui précède que la discussion et la négociation vont vraiment constituer la mise en œuvre de cette idée fondamentale de collaboration ? Autrement dit est-ce que la discussion est forcément collaborative ? Ou bien est-ce que cela peut être une forme de conflit ? Rappelons-nous, en effet, que tous les traités écrits au sujet de la négociation, beaucoup d'entre eux en tout cas, rédigés par des politistes, des gestionnaires, des psychologues qui partent souvent de la notion de conflit : la négociation c'est la diplomatie, c'est le congrès de Vienne. On règle les problèmes à la fin de la guerre, si possible pour en éviter une autre.

La négociation dans les contrats publics est-elle collaborative, coopérative ou conflictuelle ? Met-elle en jeu des rapports de force ou pas ?

Plusieurs interventions ont souligné qu'il est souhaitable que la discussion soit caractérisée par la souplesse et l'équilibre.

Dans les faits, il y a quand même beaucoup d'éléments de déséquilibre et on peut se demander s'il est vraiment possible de les gommer.

Du côté de l'adjudicateur, acheteur ou autorité concédante, un certain nombre d'éléments de déséquilibre peuvent être introduits dans la pratique. Ainsi, il arrive en matière de délégation de service public, que l'adjudicateur impose une négociation écrite, disant à peu près : « je ne veux pas vous voir, on va s'écrire, vous allez commencer par poser des questions puis ensuite on va échanger par écrit pour voir si vous devez modifier votre offre ou pas ». Si l'on considère que la discussion est forcément orale, la négociation comporte nécessairement une discussion, et dans ce cas-là, en réalité, il n'y a ni discussion, ni négociation. Je ne suis pas entièrement d'accord avec l'idée que la discussion est nécessairement orale, puisque si on définit la discussion comme un échange d'arguments pour et contre sur un sujet, il me semble que l'échange peut être écrit. Il n'en demeure pas moins que la négociation écrite est une manière d'imposer des contraintes à la négociation et un certain déséquilibre. On trouve aussi un rapport de force en faveur du pouvoir adjudicateur dans le cas où il impose une pression temporelle : « il faut absolument qu'on ait terminé aujourd'hui, parce qu'il faut convoquer le conseil municipal quinze jours avant et c'est demain que cela part, après c'est les vacances de Noël, donc vous devez accepter cela ». Évidemment, le rapport de force existe aussi si le pouvoir adjudicateur, de manière illégale, privilégie un candidat en lui fournissant des informations qu'il ne donne pas aux autres. Il se peut aussi qu'il limite abusivement le champ de la négociation. Il est courant que le pouvoir adjudicateur décide que les négociations ne porteront que sur tel ou tel point. À mon avis c'est dangereux parce qu'une bonne négociation doit prendre du temps, implique qu'on passe en revue toutes les stipulations du contrat parce que très souvent les surprises viennent de stipulations qu'on a oubliées de regarder, tout simplement, ou lues trop vite.

On a vu des choses extraordinaires, ainsi d'un règlement de consultation de délégation de service public où il était prévu que les candidats devaient accepter le cahier des charges tel qu'il était rédigé et c'est seulement après qu'on pouvait négocier. Façon de dire qu'au cours de la négociation il était toujours possible de renvoyer le soumissionnaire à ce qu'il avait signé au départ. Donc là, le déséquilibre est considérable.

En pratique, il y a toujours un rapport de force, mais qui peut être rééquilibré par les moyens dont dispose de son côté l'opérateur économique.

D'abord – on en a beaucoup parlé – très souvent le pouvoir d'expertise est de son côté, même si dans certains cas, comme il a été dit tout à l'heure, la situation peut-être inverse. Il se peut aussi que l'opérateur économique soit de mauvaise foi, par exemple en ne signalant pas une ambiguïté qu'il a repérée dans le contrat, en espérant pouvoir en jouer par la suite. On a vu que les Portugais ont trouvé la parade, mais pour le moment en France cela peut fonctionner. On voit aussi

l'invocation au cours de la négociation d'une prétendue règle de droit à un moment où la vérification n'est pas possible. Parfois sont utilisés des avantages économiques extérieurs au contrat, du genre « vous me donnez le contrat et j'implanterai mon service juridique chez vous », ou « ma fondation fera un peu de mécénat », ou bien « on va vous construire un centre d'entraînement en canoë kayak », etc.

On peut se demander si toutes les négociations ne comportent pas plus ou moins une de ses caractéristiques c'est-à-dire s'il existe vraiment des négociations souples et équilibrées dans la réalité. Ce qui après tout est normal parce que, bien qu'on parle de collaboration, en réalité même dans un marché public, même dans une concession, il ne s'agit pas vraiment de la communion évoquée par Hauriou ; il y a toujours opposition d'intérêts. Fondamentalement, il y a à la fois convergence dans l'intérêt général, mais opposition dans les intérêts économiques. Il est, par conséquent, normal que toute négociation comporte plus ou moins de la confrontation même si cela n'est pas souhaitable dans l'idéal.

Et puis, il y a le cas particulier du règlement des différends, où là, carrément, la négociation porte sur un conflit. Il peut y avoir négociation, et c'est heureusement un cas fréquent, dans le cas de règlement négocié entre les parties. Beaucoup de contrats comportent une clause très simple aux termes de laquelle avant de saisir le tribunal l'administratif les parties cherchent à s'arranger sans faire appel à une commission, ni à un médiateur, ni à personne. En ce cas-là un intervenant a dit que les discussions sont souvent un peu musclées. Mais, enfin, discussions il y a et chances de succès aussi si sont respectées un certain nombre de règles méthodologiques qui permettent de laisser espérer que malgré le différend, la vie pourra continuer, éventuellement sur la base d'une modification du contrat, auquel cas il s'agit bien de règlement négocié.

Dans le cas de la conciliation et de la médiation, je pense qu'il faut faire la différence entre la médiation judiciaire, c'est-à-dire celle qui se déroule sur proposition du tribunal administratif, (qui rencontre un certain succès, un rapport récent l'a montré) et celle qui est prévue par le contrat. Dans le premier cas le médiateur sert d'intermédiaire pour permettre d'arriver à un accord. Soit cet accord débouche sur une modification du contrat, soit il débouche sur une transaction extérieure au contrat, auquel cas il est peut-être plus difficile de parler de négociation puisqu'il s'agit d'un accord extérieur au contrat.

Dans le cas de conciliation prévue par le contrat (jusqu'ici les contrats préfèrent ce terme à celui de médiation) en dehors du juge, il est courant que la conciliation soit confiée à une commission dont deux des membres sont nommés chacun par une partie avec un troisième membre qui en pratique est chargé de départager. Les deux membres nommés par les parties ne sont pas mandataires des parties mais chacun sait qu'en réalité, ils cherchent implicitement à défendre les intérêts d'une des parties. Ainsi, on est à la limite d'une discussion par l'intermédiaire des conciliateurs sous l'égide du président la commission. Même si en théorie ce ne devrait pas être cela, en pratique c'est bien ainsi que cela se passe. Du coup si la conciliation débouche sur une modification du contrat n'est-ce pas une forme de négociation ?

Pour conclure, en fin de compte dans les contrats de la commande publique, aussi bien au stade de la passation qu'au stade de l'exécution, il y a plus de négociation que de discussion, si on admet la définition que j'ai donnée au départ. Et cela devrait pousser à une évolution qui est souhaitée par la plupart des juristes consistant à étendre le principe de bonne foi au-delà du contentieux, à l'exécution du contrat. Parce que toute cette négociation gagnerait considérablement à être encadrée non pas seulement par les principes classiques de la commande publique, mais aussi par ce principe de bonne foi sans lequel elle risque d'être faussée.

MOTS-CLÉS : Contrats / Commande publique - Discussion