

## LETTRE JURIDIQUE DES CONTRATS PUBLICS

Rédigée par François Lichère

Professeur agrégé de droit public – Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

Septembre 2021

### SOMMAIRE

<b>1. Actualité jurisprudentielle</b> .....	2
1.1 Une clause peut prévoir un renouvellement de concession sans remise en concurrence, y compris si le renouvellement s'accompagne d'une modification d'une clause financière, à condition que cette modification ne soit pas substantielle (CJUE 2 septembre 2021, C-721-18, <i>Sisal SpA</i> et C-722-19, <i>Stanleybet Malta Ltd et Magellan Robotech Ltd</i> ).....	2
1.2 Un tribunal arbitral qui aurait statué en violation d'un principe selon lequel une personne privée ne saurait être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas ne viole pas l'ordre public ; le rejet du recours en annulation confère l'exéquatur de la sentence (CE 20 juillet 2021, n° 443342, <i>Société Tecnimont SpA et autre</i> , classé A).....	3
1.3 La référence à un prix dans un contrat s'entend, sauf stipulation contraire, TVA comprise (CE 29 juin 2021, n°442506, <i>Société des mobiliers urbains pour la publicité et l'information</i> – classé B).....	5
1.4 Le non-respect d'une jauge maximale fixée par décret rend l'objet d'un contrat de concession illicite mais le juge peut rechercher s'il est régularisable (CE 20 juillet 2021, n°s 444715 et 444716, <i>Association le comité d'aménagement du 7ème arrondissement, Association les amis du champ de mars</i> ) 6	
1.5 Le conseil national des barreaux n'est pas recevable à intenter un recours <i>Tarn-et-Garonne</i> contre un marché portant potentiellement atteinte au monopole légal des professionnels du droit (CE 20 juillet 2020, n° 443346, <i>Société Espalia</i> , classé B) .....	7
<b>2. Brèves</b> .....	8

## 1. Actualité jurisprudentielle

---

### **1.1 Une clause peut prévoir un renouvellement de concession sans remise en concurrence, y compris si le renouvellement s'accompagne d'une modification d'une clause financière, à condition que cette modification ne soit pas substantielle (CJUE 2 septembre 2021, C-721-18, *Sisal SpA* et C-722-19, *Stanleybet Malta Ltd et Magellan Robotech Ltd*)**

L'affaire concernait l'attribution, en Italie, d'une concession de jeux de loterie à tirage instantané, dits « de grattage », conclue en 2010, pour une durée de 9 ans renouvelable une fois, à un seul opérateur économique, seul candidat, alors que la réglementation prévoyait qu'en principe quatre concessionnaires seraient choisis. Deux ans avant l'échéance, un décret modifia la réglementation pour prévoir le renouvellement au même concessionnaire avec modification des modalités de versement de la redevance à la personne publique.

La Cour commence par décider de juger l'affaire au regard de la directive 2014/23, alors même qu'était discutée la question de la portée d'une clause contenue dans un contrat signé en 2010. Elle rappelle que la législation de l'Union applicable à un contrat de concession, comme à un marché public, est, en principe, celle en vigueur au moment où l'entité adjudicatrice choisit le type de procédure qu'elle va suivre, sauf pour les dispositions d'une directive dont le délai de transposition a expiré après ce moment (CJUE 19 décembre 2018, *Stanley International Betting et Stanleybet Malta*, C-375/17, point 34). Mais en 2019, elle a apporté une dérogation générale à ce principe, en cas de modification substantielle d'un contrat de concession, en jugeant que la législation de l'Union au regard de laquelle cette modification doit être appréciée est celle en vigueur à la date de cette modification (CJUE 18 septembre 2019, *Commission/Italie*, C-526/17). Or, l'une des questions posées ici était celle de savoir s'il pouvait y avoir renouvellement concomitamment à une modification du contrat, ce qui justifie l'application de la directive 2014/23. Elle en profite pour indiquer que l'article 43 de cette directive a procédé à une harmonisation exhaustive des hypothèses de modification sans remise en concurrence. Or, il a déjà été jugé qu'en cas d'harmonisation complète à l'échelle de l'Union, la question doit être appréciée au regard non pas des dispositions du droit primaire, mais de celles de la mesure d'harmonisation (CJUE 14 juillet 2016, *Promoimpresa e.a.*, C-458/14 et C-67/15, point 59).

Au fond de l'affaire, elle juge que le renouvellement sans mise en concurrence est légal puisqu'il était prévu par une clause du contrat initial, en s'appuyant sur l'article 43, paragraphe 1, a, qui dispose que « *les concessions peuvent être modifiées sans nouvelle procédure d'attribution de concession lorsque les modifications, quel que soit leur montant, ont été prévues dans les documents de concession initiaux sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de révision du montant, ou d'options claires, précises et sans équivoque* ». La seule limite tient à la nature globale de la concession qui ne doit pas être altérée. Tel n'est pas le cas ici, même si le renouvellement a été imposé par décret alors qu'initialement il s'agissait d'une simple faculté. Pour la Cour, cette décision trouve son fondement dans la clause elle-même.

Deux arguments étaient toutefois avancés : le caractère prématuré du renouvellement et la modification d'une clause financière. Sans surprise, elle juge que le fait de décider du renouvellement deux ans avant l'échéance n'a pas d'incidence sur la légalité de cette décision en l'absence de violation d'une clause ou d'une disposition légale et alors même que la législation prévoyait qu'en principe la concession était attribuée à quatre concessionnaires. Elle précise également, ce qui est une première à notre connaissance, que « *les raisons ayant justifié ce renouvellement, en particulier le but de garantir à l'État*

*des recettes budgétaires nouvelles et plus importantes, ne sont pas déterminantes aux fins d'apprécier si les conditions dudit renouvellement comportent des modifications substantielles ».*

Plus délicate était la question de la modification de la clause financière : il était prévu que les sommes à verser lors des deux premières années de la concession renouvelée le seraient...deux ans avant l'entrée en vigueur de la concession renouvelée. Mais, pour la Cour, il ne semble pas que ce soit de nature à révéler une modification substantielle. D'une part, le montant à payer par le concessionnaire reste inchangé, seules les modalités d'exécution du paiement de ce montant sont modifiées. Sous réserve de vérification par la juridiction de renvoi, il apparaît même que ce paiement anticipé pourrait être susceptible d'accroître le montant à payer ; en conséquence, une telle modification ne semble pas altérer l'équilibre économique de la concession en faveur du concessionnaire au sens du point b) de cet article 43, paragraphe 4. D'autre part, la question de savoir si, en l'occurrence, l'application de ces modalités de paiement ainsi modifiées au contrat de concession en cause aurait permis l'admission d'autres candidats que ceux qui ont effectivement participé ou la participation davantage de candidats, n'était pas abordée par les requérants et le dossier soumis à la Cour ne contient aucun élément susceptible de soutenir une telle affirmation.

Au passage, la Cour interprète de manière libérale mais logique l'article 43 comme n'impliquant pas que, en présence d'une clause permettant une modification, il faille que cette clause prévoie toutes les modifications possibles. Autrement dit, en présence d'une modification non prévue par une clause, il suffit de vérifier que cette modification n'est pas substantielle pour qu'elle soit légale.

Enfin, petite consolation pour les requérants : au regard de la directive recours, et alors qu'habituellement la Cour estime difficile de prouver l'intérêt à agir d'un opérateur économique qui n'a pas présenté sa candidature (CJUE 12 février 2004, *Grossmann Air Service*, C-230/02, point 27 ; CJUE 28 novembre 2018, *Amt Azienda Trasporti e Mobilità e.a.*, C-328/17, point 46), elle en juge différemment s'agissant de la contestation de la décision de renouvellement puisque plusieurs années se sont écoulées depuis l'attribution initiale.

On peut voir dans cette jurisprudence la volonté de faire preuve de souplesse en matière de modifications des contrats soumis à mise en concurrence dès lors qu'une clause de réexamen est présente initialement.

**1.2 Un tribunal arbitral qui aurait statué en violation d'un principe selon lequel une personne privée ne saurait être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas ne viole pas l'ordre public ; le rejet du recours en annulation confère l'exéquatur de la sentence (CE 20 juillet 2021, n° 443342, *Société Tecnimont SpA et autre*, classé A).**

Cet arrêt est la suite de la fameuse jurisprudence Fosmax (CE Ass., 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806, au Recueil, conclusions Gilles Pellissier), au deux sens du terme : en tant qu'il concerne le même litige et en tant qu'il précise certains aspects du régime du contrôle, par le juge administratif, des sentences arbitrales internationales. Suite à l'arrêt Fosmax qui avait annulé la première sentence arbitrale en ce qu'elle rejetait la demande de Fosmax tendant à la condamnation de STS à lui payer la somme de 36,4 millions d'euros au titre du remboursement du coût des travaux exécutés en régie, les parties étaient retournées devant le tribunal arbitral. Celui-ci rendit une sentence qui fit droit, cette fois,

aux prétentions de la Société Fosmax en condamnant STS à payer 32 millions d'euros au titre de ces travaux et c'est cette seconde sentence qui fait l'objet de l'arrêt commenté.

On rappellera que, dans l'arrêt Fosmax, il avait été jugé que la juridiction administrative est compétente pour un recours dirigé contre une sentence arbitrale rendue en France dans un litige né de l'exécution ou de la rupture d'un contrat conclu entre une personne morale de droit public française et une personne de droit étranger, exécuté sur le territoire français mais mettant en jeu les intérêts du commerce international, lorsque le contrat relève d'un régime administratif d'ordre public. Ensuite, le Conseil d'Etat avait précisé l'étendue du contrôle juridictionnel en la matière qui ne saurait admettre tous les moyens, sauf à dénaturer le principe même de l'arbitrage : le juge ne peut annuler la sentence que si elle est rendue dans des conditions irrégulières ou porte atteinte aux règles d'ordre public. Sur le premier point, le juge précise ici que cela pourrait être le cas en l'absence de motivation mais pas en cas de motivation insuffisante. Sur le second point, on sait que l'arrêt Fosmax avait indiqué ce que pouvait revêtir cette notion d'atteinte à l'ordre public dans le cadre d'une sentence arbitrale : c'est le cas si la sentence fait application d'un contrat dont l'objet est illicite ou entaché d'un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, si elle méconnaît des règles auxquelles les personnes publiques ne peuvent déroger, telles que notamment l'interdiction de consentir des libéralités, d'aliéner le domaine public ou de renoncer aux prérogatives dont ces personnes disposent dans l'intérêt général au cours de l'exécution du contrat, ou si elle méconnaît des règles d'ordre public du droit de l'Union européenne.

Le requérant invoquait ici la violation d'un principe selon lequel une personne privée ne saurait être condamnée à payer une somme qu'elle ne doit pas. Le Conseil rejette le moyen au motif qu'il n'y a pas atteinte à l'ordre public, en réservant la question de savoir s'il existe un tel principe en droit administratif par un classique « en tout état de cause ». Autrement dit, si un tel principe existe, il ne saurait être constitutif d'une atteinte à l'ordre public tant cette notion vise en réalité les règles que les personnes publiques se doivent de respecter, pour l'essentiel, dans l'intérêt général, comme l'interdiction de consentir des libéralités ou de porter atteinte à l'inaliénabilité du domaine public. La question de savoir si un tel principe existe n'est donc pas tranchée. Les requérants s'appuyaient sur un arrêt de Section du Conseil d'Etat *Société Entreprise Renaudin* (17 mars 1978, n° 95331, au Recueil) qui avait effectué un rapprochement avec la décision *Mergui*. Le commissaire du gouvernement Galabert, dans ses conclusions, avait invité, il est vrai, le Conseil d'Etat à dépasser, pour des raisons d'équité, le « *génie inégalitaire du droit administratif* ». Mais la rapporteure publique estime que la portée de l'arrêt rendu en 19778 n'est pas similaire à l'arrêt *Mergui*, car il se borne à juger que les moyens tirés de ce que des conclusions formées contre une personne privée sont mal dirigées sont d'ordre public.

Le deuxième apport de l'arrêt est de préciser que le rejet du recours contre la sentence arbitrale par le Conseil d'Etat confère à cette dernière l'exequatur « *par dérogation aux dispositions de l'article L. 311-1 du code de justice administrative* », lequel donne compétence au tribunal administratif par principe pour tout le contentieux administratif, sauf à y déroger pour des raisons tenant à la bonne administration de la justice. Il faut dire qu'il a déjà été jugé, s'agissant d'un contrat administratif, que la demande d'exequatur relève en premier ressort du tribunal administratif (CE, 19 avril 2013, n° 352750, *Syndicat mixte des aéroports de Charente* au Recueil). Mais la situation est différente lorsque la sentence a été contestée et que le recours est rejeté puisque le contrôle auquel pourrait donner lieu la demande d'exequatur par le tribunal administratif a déjà été effectué. Il serait donc inutile de demander au bénéficiaire de la sentence de saisir le tribunal administratif alors que ce dernier n'a plus rien à juger.

Le Conseil d'Etat estime aussi que le tribunal arbitral n'était pas tenu par l'autorité de la chose jugée par la première sentence arbitrale, même pour certaines constatations de fait n'ayant pas fait l'objet de l'annulation. Comme l'explique la rapporteure publique, cette sentence n'avait qu'une « *autorité relative, s'agissant de la décision d'une juridiction dont la compétence et l'office procèdent exclusivement de la volonté des parties à la clause d'arbitrage* ».

Enfin, la rapporteure publique émet l'idée que le recours contre la sentence arbitrale s'analyse plus comme un recours en premier et dernier ressort que comme un appel, point que le Conseil n'a pas eu à trancher. Selon elle et à la suite de Gilles Pellissier, elle estime que « *le recours est tout sauf un appel au sens classique* », ne serait-ce que parce qu'il « *porterait atteinte au principe même de l'arbitrage en conduisant le juge étatique à se saisir de l'entier litige et, ce faisant, à empiéter sur la plénitude de compétence reconnue à la juridiction arbitrale, ainsi qu'à son autonomie* ».

### **1.3 La référence à un prix dans un contrat s'entend, sauf stipulation contraire, TVA comprise (CE 29 juin 2021, n°442506, *Société des mobiliers urbains pour la publicité et l'information* – classé B)**

Cet arrêt est tout aussi intéressant en lui-même que pour les conclusions. Il tranche, en premier lieu, une question de contentieux administratif en jugeant que n'entache pas d'irrégularité la décision contestée en cassation dans les circonstances suivantes : le rapporteur public avait indiqué aux parties avant l'audience conclure au rejet au fond alors qu'à l'audience il a conclu au rejet au fond en ajoutant que la juridiction pourrait aussi rejeter sur l'irrecevabilité. S'agissant du fond, l'arrêt juge que « *la TVA est un élément qui grève le prix convenu avec le client et non un accessoire du prix et qu'elle doit être réputée incluse dans le prix* ». Ce faisant, il confirme la position de principe de la Cour de cassation (Ch. com., 28 avril 1987, n° 85-14.129, Bull. IV, n° 99). Ce n'est qu'en raison d'un usage commercial constant que cette dernière retient une solution contraire lorsque le contrat est passé entre commerçants (Ch. com., 9 janvier 2001, n° 97-22.212, Bull. IV, n° 8) - ce que ne saurait être une personne publique, même acheteuse. Il confirme aussi la position du Conseil d'Etat lui-même (CE 27 mars 1981, *SA Bureau de recherches et d'études pour l'architecture*, n° 12889, au Recueil ; CE 30 novembre 1990, *SA «Groupe Immobilier Lenchener* », n° 73449, aux tables).

Néanmoins, deux particularités à l'affaire pouvaient faire douter de la pertinence d'appliquer la jurisprudence traditionnelle en l'espèce. En premier lieu, était en cause un intéressement dans le cadre du marché public du Velib à Paris, lié au dépassement de certains niveaux de qualité définis par le cahier des clauses techniques particulières (sic !), pour lequel le cocontractant avait ajouté la TVA, laquelle n'avait pas été réglée par la Ville de Paris. Le juge estime implicitement que l'intéressement fait bien partie du prix payé au cocontractant, ce que l'on peut admettre aisément. Et il ne faut y voir une contradiction avec une deuxième élément particulier de l'affaire, lié au CCAP qui prévoyait que « *les prix sont établis hors TVA* » : pour le juge, cette mention était comprise dans un article relatif au prix de base mais n'était pas reprise dans l'article relatif à l'intéressement. On doit voir là l'illustration d'une interprétation stricte du contrat : seule une mention de la TVA dans chacun des deux articles aurait permis de juger différemment.

Enfin, les conclusions font une référence appuyée à la notion de bonne foi. Le rapporteur public précise que la notion n'a pas la portée que lui donne le requérant, même s'il cite tout de même plusieurs arrêts y faisant référence (CE 26 novembre 1975, *Société Entreprise Py*, n° 93297, aux Tables ; CE 21 mai 1990, *Société Frédéric Roudet*, n° 79506, inédit ; CE 22 juillet 2016, *Société Fouré Lagadec Aviation*, n° 382152, inédit ; CE 20 septembre 2019, *Société Valeor*, n° 419386). Le Conseil d'Etat n'a pas eu à se prononcer sur ce point car le moyen portait sur un motif surabondant de la Cour.

On doit noter enfin une nouveauté dans l'arrêt du Conseil d'Etat qui juge que « *l'interprétation des stipulations du contrat retenue par les juges du fond, qui distingue le régime de TVA entre l'intéressement et les autres éléments du prix, ne les a conduits à méconnaître ni la commune intention des parties telle qu'ils l'ont souverainement appréciée, ni le principe de cohérence des stipulations contractuelles entre elles* », principe qui fait ainsi son entrée dans la jurisprudence du Conseil d'Etat sans même avoir été évoqué par le rapporteur public. En effet, l'expression ne se trouve dans aucun des arrêts, ni même des conclusions des rapporteurs publics, disponibles sur Arianeweb. Elle a toutefois fait son apparition dans le Code civil, à l'article 1189 à la suite de l'ordonnance du 10 février 2016.

#### **1.4 Le non-respect d'une jauge maximale fixée par décret rend l'objet d'un contrat de concession illicite mais le juge peut rechercher s'il est régularisable (CE 20 juillet 2021, n°s 444715 et 444716, *Association le comité d'aménagement du 7ème arrondissement, Association les amis du champ de mars*)**

La construction du Grand Palais éphémère, dans le cadre des travaux prévus pour les JO de 2024, donne ici l'occasion au Conseil d'Etat de préciser la jurisprudence *Tarn-et-Garonne* mais la portée de l'arrêt s'étend à la jurisprudence *Béziers I*.

En premier lieu, le juge fait montre d'une approche souple de la notion d'objet illicite, alors qu'avec la décision *Cerba*, il avait défini sa position de manière stricte : « *Le contenu d'un contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat, tel qu'il a été formulé par la personne publique contractante pour lancer la procédure de passation du contrat ou tel qu'il résulte des stipulations convenues entre les parties qui doivent être regardées comme le définissant, est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement* » (CE 9 novembre 2018, *Société Cerba et Caisse nationale d'assurance maladie*, n° 420654, 420663, au Recueil, cet arrêt ayant au passage procédé à une assimilation entre contenu illicite et objet illicite). Les précédents étaient dans la même veine : l'objet n'était effectivement illicite que pour un contrat méconnaissant le principe d'inaliénabilité du domaine public (CE 4 mai 2011, *Communauté de communes du Queyras*, n° 340089, au Recueil, à propos de *Béziers I*) ou pour une convention confiant à l'aménageur la réalisation d'une opération d'aménagement elle-même illégale (CE 10 juillet 2013, n°s 362304, 362318, *Commune de Vias et Société d'économie mixte de la ville de Béziers et du littoral (SEBLI)*). A l'inverse, la circonstance que le titulaire d'un contrat n'ayant pas pour objet l'occupation du domaine public mais dont le lieu de réalisation se situait sur une dépendance du domaine public ne dispose pas d'un titre l'autorisant à occuper cette dépendance n'a pas pour objet de rendre illicite le contenu du contrat (CE 10 juillet 2020, *Société de manutention et d'entreposage de grains*, n° 427216).

Or, l'objet est ici déclaré illicite en ce que le contrat de concession avait prévu une jauge de la construction en cause supérieure à celle fixée par le décret du 22 mai 2018. La rapporteure publique justifie son approche élargie de l'illicéité par 3 arguments :

- le fait que c'est un décret et non une loi qui est violé n'a pas d'incidence car, selon elle, l'illicéité dépend de la gravité de la violation et non de la valeur de la norme violée. On remarquera, dans le même sens, qu'en droit civil l'illicéité vise non seulement la loi mais toute autre norme juridique, y compris réglementaire, mais il est vrai que c'est pour distinguer avec l'illégalité qui ne vise que la loi ;
- la jauge ne constitue certes pas l'objet du contrat au sens strict, qui porte sur une construction mais il ne s'agit pas non plus d'un élément divisible et peut rentrer en outre parmi les « caractéristiques principales » de la construction ;
- la méconnaissance de la jauge fixée par voie réglementaire est une irrégularité de nature à entacher le contrat d'illicéité en ce que le régime mis en place est très dérogatoire au regard des règles d'urbanisme normalement applicables. Ainsi, les circonstances juridiques particulières de l'affaire ont pu jouer un rôle dans l'approche souple de la notion d'objet illicite ; il n'en reste pas moins que cet arrêt traduit un infléchissement.

En deuxième lieu, le Conseil d'Etat admet que le juge saisi puisse envisager une régularisation de l'objet illicite. Ce n'était pas évident, eu égard à la notion même d'objet illicite et à la formulation de l'arrêt *Tarn-et-Garonne*. Mais la rapporteure publique convainc le juge d'adopter une approche pragmatique. Si la régularisation d'un objet illicite sera rarement possible, notamment car cela remettra généralement en cause les conditions initiales de mise en concurrence, il ne faut pas fermer la porte au cas où, comme en l'espèce, la notion d'objet illicite est interprétée largement et permet, en réalité, une régularisation. C'est bien ce qu'avait fait la Cour, qui avait enjoint aux parties de régulariser le contrat dans les deux mois ou, à défaut, de résoudre ou résilier le contrat. Au passage, le Conseil d'Etat admet aussi qu'elle ait pu inviter à la résilier, au lieu de proposer la résolution du contrat en l'absence de régularisation, possibilité que la lecture de l'arrêt *Tarn-et-Garonne* ne rendait pas évidente.

A la suite de cet arrêt de la CAA, le gouvernement a pris un décret augmentant la jauge, décret attaqué par un recours pour excès de pouvoir jugé par l'arrêt du même jour n°444716, qui rejette le recours, notamment au motif qu'il ne modifiait pas le contrat lui-même et n'avait donc pas de portée rétroactive. Le Conseil d'Etat permet en somme la régularisation du contrat par le haut, c'est-à-dire en permettant que la jauge fixée par le contrat soit régularisée par décret.

### **1.5 Le conseil national des barreaux n'est pas recevable à intenter un recours *Tarn-et-Garonne* contre un marché portant potentiellement atteinte au monopole légal des professionnels du droit (CE 20 juillet 2020, n° 443346, *Société Espalia*, classé B)**

Face à un marché public portant sur l' « assistance à maîtrise d'ouvrage pour l'élaboration et la passation du marché de collecte des déchets ménagers », le CNB entendait se prévaloir de l'article 21-1 de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971, qui lui reconnaît qualité pour agir en justice en vue notamment d'assurer le respect de l'obligation de recourir à un professionnel du droit.

Le Conseil d'Etat juge pourtant que « la seule attribution, par une collectivité territoriale, d'un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage à un opérateur économique déterminé ne saurait être regardée comme

*susceptible de léser de façon suffisamment directe et certaine les intérêts collectifs dont le Conseil national des barreaux a la charge, alors même que le marché confie à cet opérateur une mission pouvant comporter la rédaction d'actes juridiques susceptibles d'entrer dans le champ des dispositions de l'article 54 de la loi du 31 décembre 1971 ». On a vu mieux comme motivation. D'une certaine manière, le Conseil d'Etat estime implicitement que la loi du 31 décembre 1971 n'a pas d'incidence sur l'appréciation de l'intérêt à agir telle qu'il résulte de la formule de l'arrêt *Tarn-et-Garonne*, reprise dans l'arrêt commenté : « Un tiers à un contrat administratif n'est recevable à contester la validité d'un contrat, que s'il est susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou par ses clauses ».*

A cette aune, l'absence d'intérêt à agir du Conseil national des barreaux s'inscrit dans une continuité jurisprudentielle certaine. Il a déjà été jugé qu'un ordre professionnel – d'architecte en l'occurrence - ne justifie pas d'un intérêt lésé par la conclusion d'un contrat qui méconnaît pourtant les règles réservant l'exercice des prestations aux professionnels qu'il défend (CE 3 juin 2020, n° 426932, *Département de la Loire-Atlantique*). Dans un domaine voisin, il a été jugé qu'une ARS n'était pas recevable à contester un marché public d'un hôpital (CE 2 juin 2016, *Ministre des affaires sociales et de la santé c/ Centre hospitalier Emile Roux du Puy-en-Velay et autres*, n°s 395033, 396645, au Recueil).

L'appréciation de l'intérêt à agir est donc nettement plus stricte ici que dans le contentieux de l'annulation de l'acte détachable du contrat puisqu'il avait été jugé que les ordres professionnels pouvaient en demander l'annulation pour contester tout contrat passé en méconnaissance des règles imposant le recours à un architecte (CE 28 décembre 2001, *Conseil régional de l'ordre des architectes d'Auvergne*, n° 221649). Mais Gilles Pellissier avait pu justifier cette différence, dans ses conclusions sur l'arrêt *Département de Loire-Atlantique* précité : la stabilité des relations contractuelles implique une limitation des recours des tiers, l'ouverture permise aux tiers d'un recours direct contre le contrat a pour contrepartie une appréciation stricte des intérêts concernés par la relation contractuelle et la notion de lésion suppose une approche subjective. C'est cette même logique qui s'étend donc ici au CNB, lequel se consolera, peut-être, avec la possibilité d'intervenir au soutien d'un requérant lésé (CE 10 février 2014, *Société Cabinet Henri Abecassis*, n° 367262, aux Tables).

## 2. Brèves

---

1. Meilleure prise en compte des considérations environnementales dans la commande publique (Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets ; voir la fiche de la DAJ). L'article L. 2111-3 du code de la commande publique modifié renforce les obligations de publicité des SPASER, qui doivent désormais comporter des indicateurs précis exprimés en nombre de contrats ou en valeur, sur les taux réels d'achats publics relevant des catégories de l'achat socialement ou écologiquement responsable parmi les marchés passés par l'acheteur concerné. L'article 35 complète l'obligation de prise en compte du développement durable en l'étendant, pour les marchés publics et les contrats de concession, à la phase de formalisation du besoin par des spécifications techniques (articles L. 2111-2 et L. 3111-2 du code de la commande publique modifiés). Le même article prévoit l'obligation pour les acheteurs et les autorités concédantes, de retenir au moins un critère

d'attribution prenant en compte les caractéristiques environnementales de l'offre et de prévoir les considérations environnementales dans les conditions d'exécution. D'autres mesures ont été adoptées, décrites dans la fiche de la DAJ précitée. L'ensemble de ces dispositions entrera en vigueur de manière échelonnée entre le 1<sup>er</sup> janvier 2023 et le 1<sup>er</sup> janvier 2030 selon des modalités fixées par décret en Conseil d'Etat.

2. Obligation de neutralité des titulaires de contrats leur confiant l'exécution d'un service public (Loi du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République). Le titulaire doit notamment veiller à ce que ses salariés et l'ensemble des personnes sur lesquelles il exerce une autorité hiérarchique ou un pouvoir de direction, dans la mesure où ils participent eux-mêmes à l'exécution du service public, y compris celles intervenants pour ses sous-contractants, s'abstiennent de manifester leurs opinions politiques ou religieuses, traitent de manière égale toutes les personnes et respectent leur liberté de conscience et leur dignité. Les clauses des marchés publics et des contrats de concession ayant pour objet de confier l'exécution d'un service public doivent rappeler ces obligations et préciser en outre les modalités de contrôle et de sanction du cocontractant lorsque celui-ci ne prend pas les mesures adaptées pour mettre en œuvre ces obligations et faire cesser les éventuels manquements constatés. Cette obligation s'applique aux contrats pour lesquels une consultation est engagée ou un avis de publicité est envoyé à la publication à compter du 25 août 2021. De plus, les contrats pour lesquels une consultation ou un avis de publicité est en cours au 25 août 2021, ainsi que les contrats en cours à cette même date, doivent être modifiés afin de se conformer à ces nouvelles obligations si le terme de ces contrats intervient après le 25 février 2023. Les autorités contractantes disposent toutefois d'un délai pour procéder à la modification de ces contrats, la loi prévoyant que cette modification peut intervenir jusqu'au 25 août 2022.
  
3. Toilettage des accords-cadres et des règles applicables aux marchés de défense ou de sécurité (Décret du 23 août 2021). Il s'agit, en premier lieu, de mettre fin à la possibilité de conclure des accords-cadres sans maximum pour tenir compte de l'arrêt de la CJUE du 17 juin 2021, *Simonsen & Weel A/S (aff. C-23/20)*. Cette mesure ne s'appliquera qu'aux accords-cadres pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2022. En deuxième lieu, il est prévu une simplification des règles relatives aux marchés de défense ou de sécurité : relèvement du seuil de mise en concurrence de 40 000 à 100 000 € HT, simplification des formalités de publicité imposées pour les MDS dont le montant excède 90 000€ HT (l'obligation de toute publicité au Bulletin officiel des annonces de marchés publics (BOAMP) des avis de marché et des avis d'attribution est désormais supprimée), aménagement des modalités de computation des achats payés par carte achat, possibilité de conclure de gré à gré des MDS ayant pour objet des fournitures ou des services dont la valeur est inférieure aux seuils européens et qui sont nécessaires à l'exécution de tâches scientifiques ou techniques sans objectif de rentabilité et spécialisées dans le domaine de la recherche, du développement, de l'étude ou de l'expérimentation, simplification des modalités de vérification des interdictions de soumissionner notamment. Les dispositions relatives aux MDS s'appliquent aux marchés pour lesquels une consultation est engagée ou un avis d'appel à la concurrence est envoyé à la publication à compter du 26 août 2021.

4. Publication de l'arrêté du 26 juillet 2021 modifiant l'annexe de l'arrêté du 12 février 2020 fixant un modèle d'avis national pour la passation des marchés répondant à un besoin d'une valeur estimée entre 90 000 € HT et les seuils de procédure formalisée
5. L'inscription sur un registre professionnel ou l'obtention d'un agrément afin d'exercer une activité professionnelle ne constitue pas une condition d'exécution d'un marché, mais un élément de vérification, au stade de la candidature, des capacités des candidats. Il ne peut être exigé au stade de la candidature un agrément d'une autorité de l'État membre où sera exécuté le marché, si l'opérateur dispose d'un agrément équivalent d'une autorité de l'État membre où il est établi. (CJUE, 20 mai 2021, aff. C-6/20, Sotsiaalministeerium c/ Riigi Tugiteenuste Keskus).
6. Le législateur national ne peut pas imposer l'exclusion automatique d'une entreprise en cas de déclarations mensongères d'une entité tierce à laquelle elle a recours s'il apparaît qu'elle n'avait pas les moyens d'avoir connaissance d'un tel manquement (CJUE, 3 juin 2021, aff. C-210/20, Rad Service Srl Unipersonale).
7. Un manquement à l'impartialité du pouvoir adjudicateur ne se présume pas de la seule existence d'une influence potentielle du directeur de l'établissement public mais doit reposer sur la démonstration d'une influence effective sur le déroulement de la procédure et le choix de l'attributaire (CAA Marseille, 17 mai 2021, n° 20MA02359)
8. Les acheteurs à un contrat de la commande publique constituent une clientèle commerciale. Le détournement des informations sur cette clientèle publique par un candidat au détriment d'un autre est constitutif d'un abus de confiance. La perte d'un marché public passé ou futur par la victime d'un abus de confiance est un préjudice civil indemnisable dont les effets perdurent (Cass. com., 18 nov. 2020, n° 19-12.298).
9. La comparaison avec le montant moyen des offres ne suffit pas à caractériser l'offre anormalement basse (CAA Versailles, 10 mai 2021, n° 18VE00552, Sté L'île des Médias).