



FACULTÉ DE DROIT
ÉQUIPE DE DROIT PUBLIC DE LYON
**CHAIRE DE DROIT
DES CONTRATS PUBLICS**



LETTRE JURIDIQUE DES CONTRATS PUBLICS

Mars - Avril 2023

Rédigée par François Lichère
Professeur agrégé de droit public à l'Université Jean Moulin Lyon 3
Directeur de la Chaire de droit des contrats publics

SOMMAIRE

1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle commentée	2
1.1 Le régime des exclusions de la commande publique en partie clarifié (article 15 de la loi n° 2023-171 du 9 mars 2023)	2
1.2 La possibilité de contrats de commande publique pour la production d'énergies renouvelables en partie sécurisée (loi n° 2023-175 du 10 mars 2023)	5
1.3 Le tiers-financement est ouvert à l'État, à ses établissements publics et aux collectivités territoriales pour favoriser les travaux de rénovation énergétique par la création d'un marché global de performance à financement privé (loi n° 2023-222 du 30 mars 2023)	7
1.4 Les personnes publiques peuvent modifier unilatéralement une clause au contenu illicite et divisible du reste du contrat (CE 8 mars 2023, n°464619, <i>SIPPEREC</i> , classé B)	8
1.5 Les informations tenant aux garanties financières et aux engagements pris par la société attributaire sont des documents administratifs communicables contrairement aux échanges intervenus dans le cadre de la négociation d'une concession (CE 15 mars 2023, n°465171 et 465174, <i>Ville de Paris</i> , classé B)	11
2. Brèves	12

1. Actualité textuelle ou jurisprudentielle commentée

1.1 Le régime des exclusions de la commande publique en partie clarifié (article 15 de la loi ° 2023-171 du 9 mars 2023)

Cette loi porte « *diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne dans les domaines de l'économie, de la santé, du travail, des transports et de l'agriculture* ». On l'aura compris, elle fait partie de ces lois dites « fourre-tout » dont le point commun réside ici dans la nécessaire adaptation du droit français au droit de l'Union européenne, tant en matière économique et financière (articles 1 à 17) qu'en matière sociale (articles 18 à 30), de transports (Articles 31 à 37) et agricole (Articles 38 à 39).

On ne sera pas surpris de voir que ce qui concerne le droit de la commande publique est inséré dans la matière économique et financière, ni qu'il s'insère dans un article unique d'un chapitre intitulé « Mise en conformité à la suite de décisions de justice ». Cet article 15 de la loi prévoit en effet globalement deux dispositifs qui tirent les conséquences de la jurisprudence de la CJUE « Vert Marine » du 11 juin 2020 (n°C-472/19) relatif à l'auto-apurement à la suite d'une condamnation pénale, même si le deuxième va plus loin qu'elle.

On se souvient que l'arrêt avait sanctionné la France pour avoir mal transposé la directive 2014/23 en ne prévoyant pas de mécanisme d'auto-apurement, appelé ici « mise en conformité », c'est-à-dire en n'offrant pas la possibilité aux candidats ayant été condamnés définitivement à certaines infractions pénales de présenter des « mesures correctrices » prouvant leur « fiabilité », selon l'expression retenue par les directives européennes désormais reprise dans le Code de la commande publique pour la première fois dans ce sens-là. Le choix initial du gouvernement français avait été de se montrer strict en la matière et de ne pas offrir aux candidats une telle possibilité au nom de la « moralisation ». Mais la Cour de justice avait, d'une part, estimé que les directives imposaient d'offrir une telle possibilité et, d'autre part, que les mesures que peut prononcer le juge pénal telles que le relèvement de peine, la réhabilitation judiciaire et l'exclusion de la mention de la condamnation au bulletin n°2 du casier judiciaire ne correspondaient pas à ces mesures correctrices. Il faut dire que la directive 2014/23, en son article 38.9, dernier alinéa, n'envisageait d'écarter la possibilité de mesures correctrices que pour « *un opérateur économique qui a été exclu par un jugement définitif de la participation à des procédures de passation de marché ou d'attribution de d'une concession* ». Autrement dit, l'impossibilité de contester l'existence d'un motif d'exclusion du fait de l'adoption de mesures correctrices n'était prévue que pour une condamnation expresse d'exclusion par un juge pénal, pas pour les exclusions automatiques du fait de telle ou telle condamnation pénale.

En conséquence et en premier lieu, la loi du 9 mars 2023 introduit cette possibilité d'auto-apurement, non seulement pour les concessions, par application de la jurisprudence Vert Marine, mais aussi pour les marchés publics, ce qui allait de soi puisque les directives marchés et concessions sont identiques sur ces points. Surtout, la loi introduit dans le Code de la commande publique une définition des mesures correctrices, en reprenant presque mot pour mot ce qui est prévu dans les directives. Le nouvel article L. 2141-6-1 dispose, pour les marchés publics mais on trouve l'équivalent pour les concessions, que « *La personne qui se trouve dans l'un des cas d'exclusion mentionnés aux articles L. 2141-1, L. 2141-4 et L. 2141-5 peut fournir des preuves qu'elle a pris des mesures de nature à démontrer sa fiabilité, notamment en*

établissant qu'elle a, le cas échéant, entrepris de verser une indemnité en réparation du préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, qu'elle a clarifié totalement les faits ou les circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et qu'elle a pris des mesures concrètes propres à régulariser sa situation et à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute. Ces mesures sont évaluées en tenant compte de la gravité et des circonstances particulières de l'infraction pénale ou de la faute ». On peut noter toutefois quelques petites différences par rapport aux directives européennes : ces dernières évoquent « des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute ». Le caractère correctif est donc obéré pour ne privilégier que le caractère préventif, contrairement à la transposition française. En revanche, les directives sont un peu plus précises quant aux types de mesures concrètes possibles : techniques, organisationnelles et de personnels. Dans ce dernier cas, on imagine des sanctions proportionnées à la responsabilité dans la commission d'une infraction pénale, par exemple le licenciement pour un corrupteur et une sanction moins grave pour un supérieur qui aurait négligé de surveiller l'auteur de l'infraction. Pour les aspects techniques et organisationnels, la mise en place d'un mécanisme de compliance anti-corruption, pour les entreprises n'entrant pas dans le seuil d'application de la loi Sapin 2, pourrait être un bon moyen sans doute de montrer sa bonne volonté à prévenir toute nouvelle infraction. Enfin le Code de la commande publique ne reprend pas l'exigence des directives selon laquelle « Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision concernée est transmise à l'opérateur économique ». Cela peut se comprendre pour les personnes soumises au Code des relations entre le public et l'administration, puisqu'il y a déjà une obligation de motivation des décisions défavorables, mais se comprend moins pour les autorités contractantes non soumises à ce Code. Il est à noter qu'un nouvel article L. 2141-11 reprend, presque à l'identique, la définition des mesures d'auto-apurement pour le cas des exclusions « à l'appréciation de l'acheteur », non liées à une décision de justice.

Enfin, l'article 15 de la loi du 9 mars 2023 écarte toute exclusion pour les entreprises qui ont fait l'objet d'un sursis simple, d'un ajournement du prononcé de la peine ou d'un relèvement de peine. Autrement dit, il ne suffit pas d'être reconnu coupable d'une des infractions conduisant à une des exclusions automatiques, encore faut-il être effectivement sanctionné. Il est vrai que la directive n'exige ces exclusions qu'en cas de « condamnation » à certains infractions, ce qui pouvait laisser quelques marges de manœuvres en la matière. En revanche, le fait que la condamnation ne soit pas inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire en application de l'article 775-1 du code de procédure pénale n'écarte pas l'exclusion.

En deuxième lieu, l'article 15 tire des conséquences de la jurisprudence Vert Marine, qu'il n'était pas obligé de tirer, sur le cas d'une exclusion des marchés publics prononcée par le juge pénal. D'une part, il tire parti de la possibilité offerte par les directives de ne pas prévoir de mécanismes d'auto-apurement dans le cas d'une exclusion prononcée par le juge pénal (« Une personne qui fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés publics au titre des articles 131-34 ou 131-39 du code pénal ne peut se prévaloir des deux premiers alinéas du présent article pendant la période d'exclusion fixée par la décision de justice définitive »). Il est vrai qu'il y avait quelque chose de choquant à ne pas le prévoir au regard de l'autorité de la chose jugée puisque cela revenait à permettre à une autorité contractante à faire échec à une condamnation pénale. Cela pouvait aussi conduire, paradoxalement, à ce qu'une entreprise demande au juge pénal à ce qu'il prononce une peine accessoire d'exclusion des marchés publics inférieure à cinq ans pour le cas d'une infraction, telle que la corruption active, qui conduit aussi à une exclusion automatique

de cinq ans... Cette tactique paradoxale est en théorie toujours possible mais en pratique peu recommandée, l'auteur d'une telle infraction ayant plutôt intérêt à jouer la carte de l'auto-apurement.

D'autre part, l'article L.2141-4 voit deux paragraphes supprimés. Est supprimé l'exclusion des personnes qui « 3° *Ont été condamnées au titre du 5° de l'article 131-39 du code pénal ou sont des personnes physiques condamnées à une peine d'exclusion des marchés* ». On peut être surpris d'une telle suppression : certes, il y a peut-être une redondance avec le Code pénal – c'est l'argument avancé par la rapporteure pour justifier son amendement et il est vrai que le modèle d'attestation sur l'honneur (DC 1) comporte une telle rubrique. Mais cette suppression pose problème au regard du paragraphe suivant qui lui n'est pas supprimé : « *Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés a été prononcée pour une durée différente fixée par une décision de justice définitive, l'exclusion prévue au présent article s'applique pour une durée de trois ans à compter la date de la décision ou du jugement ayant constaté la commission de l'infraction* ». Se référant donc désormais aux seuls 1° et 2°, relatifs à des exclusions automatiques liées au droit du travail ou à des discriminations et donc non prononcées expressément par un juge pénal, on doit considérer qu'il y a une erreur de plume d'avoir maintenu le bout de phrase selon lequel « *Sauf lorsque la peine d'exclusion des marchés a été prononcée pour une durée différente fixée par une décision de justice définitive* ». Il doit être réputé non écrit.

La suppression de l'alinéa équivalent pour les concessions a un effet bien plus radical puisqu'il aboutit à une dépénalisation : 3° de l'article L. 3123-4 conduisait à étendre l'exclusion des marchés publics prononcée par le juge pénal aux concessions, ce qui n'est donc plus le cas désormais... On rappellera au passage que le Conseil d'Etat a jugé que l'exclusion prononcée par le juge pénal ne s'applique que lorsque la condamnation est définitive (CE 2 novembre 2022, n° 464479, Ministre des armées contre Société Icare).

Est également supprimé le fait que « *Cette exclusion n'est pas applicable à la personne qui établit qu'elle n'a pas fait l'objet d'une peine d'exclusion des marchés inscrite au bulletin n° 2 du casier judiciaire en application de l'article 775-1 du code de procédure pénale, qu'elle a régularisé sa situation, qu'elle a réglé l'ensemble des amendes et indemnités dues, qu'elle a collaboré activement avec les autorités chargées de l'enquête, qu'elle a, le cas échéant, réalisé ou engagé la régularisation de sa situation au regard de l'obligation de négociation du 2° de l'article L. 2242-1 du code du travail et enfin, qu'elle a pris des mesures concrètes de nature à prévenir la commission d'une nouvelle infraction pénale ou d'une nouvelle faute* ». Cette suppression est bienvenue puisque le fait que l'exclusion ne soit pas inscrite au bulletin n°2 n'équivaut pas à une absence de condamnation et que, pour le reste, ces mesures correctrices ne sont désormais plus admises pour les condamnations d'exclusion des marchés publics prononcées par le juge pénal.

Est aussi supprimé le second alinéa des articles L. 2141-5 et L. 3123-5, qui prévoyait l'inapplicabilité de l'exclusion des contrats administratifs de la commande publique en vertu d'une décision administrative prise en application de l'article L. 8272-4 du code du travail en cas d'auto-apurement. En effet, cela faisait redondance avec le nouvel article L. 2141-6-1 qui vise ces articles.

1.2 La possibilité de contrats de commande publique pour la production d'énergies renouvelables en partie sécurisée (loi n° 2023-175 du 10 mars 2023)

Cette loi, relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables, introduit, par son article 86, un nouvel article L. 331-5 dans le Code de l'énergie afin de sécuriser les interventions des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices dans la promotion d'énergies renouvelables. Ce nouvel article L. 331-5 dispose :

« Dans les conditions prévues par le Code de la commande publique, les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices définis respectivement aux articles L. 1211-1 et L. 1212-1 du même code peuvent recourir à un contrat de la commande publique pour répondre à leurs besoins en électricité produite à partir de sources renouvelables mentionnées à l'article L. 211-2 du présent code :

1° Avec un tiers mentionné à l'article L. 315-1 pour la mise en œuvre d'une opération d'autoconsommation individuelle mentionnée au même article L. 315-1. Ce contrat peut confier au titulaire l'installation, la gestion, l'entretien et la maintenance de l'installation de production pour autant qu'il demeure soumis aux instructions de l'autoproducteur ;

2° Dans le cadre d'une opération d'autoconsommation collective mentionnée à l'article L. 315-2 avec un ou plusieurs producteurs participant à cette opération ;

3° Dans le cadre d'un contrat de vente directe à long terme d'électricité mentionné au 2° du I de l'article L. 333-1. La durée du contrat est définie en tenant compte de la nature des prestations et de la durée d'amortissement des installations nécessaires à leur exécution, y compris lorsque le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice n'acquiert pas ces installations ».

Une petite explication de texte de ces trois formes de promotion des énergies renouvelables n'est pas inutile, étant précisé qu'ont été adoptées des dispositions similaires pour le biogaz, le gaz renouvelable (dont la loi étend le régime d'autoconsommation collective) ou le gaz bas-carbone.

L'autoconsommation individuelle se définit comme « *le fait pour un producteur, dit autoproducteur, de consommer lui-même et sur un même site tout ou partie de l'électricité produite par son installation. La part de l'électricité produite qui est consommée l'est soit instantanément, soit après une période de stockage* » (C. énergie, art. L. 315-1, al. 1), que l'installation soit détenue ou gérée par un tiers ou pas (C. énergie, art. L. 315-1, al. 3). En pratique, cela signifie que la production se fait sur site et qu'il n'y a raccordement au réseau public de distribution d'électricité que pour injecter le surplus de production ou, à l'inverse, soutirer de l'électricité du réseau en cas de sous-production.

L'autoconsommation est collective « *lorsque la fourniture d'électricité est effectuée entre un ou plusieurs producteurs et un ou plusieurs consommateurs finals liés entre eux au sein d'une personne morale et dont les points de soutirage et d'injection sont situés dans le même bâtiment, y compris des immeubles résidentiels. Une opération d'autoconsommation collective peut être qualifiée d'étendue lorsque la fourniture d'électricité est effectuée entre un ou plusieurs producteurs et un ou plusieurs consommateurs finals liés entre eux au sein d'une personne morale dont les points de soutirage et d'injection sont situés sur le réseau basse tension et respectent les critères, notamment de proximité géographique, fixés par arrêté du ministre chargé de l'énergie, après avis de la Commission de régulation de l'énergie* » (art. L 315-2, al. 1). En pratique, toute l'électricité produite est rejetée sur le réseau public de distribution d'électricité.

La vente directe à long terme, appelée à l'étranger « *power purchase agreement* » est uniquement définie à l'article 2 § 17 de la directive 2018/2001 du 11 décembre 2018 dite « ENR », comme un « *accord d'achat*

d'électricité renouvelable » est un contrat par lequel une personne physique ou morale accepte d'acheter directement à un producteur d'électricité de l'électricité produite à partir de sources renouvelables). Autrement dit, c'est une exception au recours à un fournisseur d'électricité (exerçant une activité d'achat pour revente) qui permet de sécuriser les producteurs, par la garantie de l'achat d'un certain volume d'électricité, et les consommateurs par la garantie de l'achat à un certain prix.

La sécurisation au regard des règles de la commande publique transparait dans le fait de prévoir la possibilité de recourir à ces trois formes d'achat d'énergie renouvelable car, comme toujours, même si c'était déjà possible, ça va mieux en le disant. Elle transparait aussi pour ce qui est de la vente directe au regard de la durée : en matière de marchés publics, la durée est fixée en fonction de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique (art. L. 2112-5 CCP) et non de la durée d'amortissement comme pour les concessions (art. R. 3114-2 du CCP). Or, le « PPA » est une sorte de financement privé, sans qu'il y ait pour autant risque d'exploitation, de sorte qu'il fallait faire référence à la durée d'amortissement, ce qui est désormais chose faite, avec la précision qu'il n'est pas nécessaire que la personne publique devienne propriétaire des installations.

Pour le reste, bon nombre de questions restent posées au regard des obligations de mise en concurrence, hormis pour l'autoconsommation individuelle pour laquelle celle-ci s'opère naturellement (il y a mise en concurrence lorsque l'autoconsommateur désigne un tiers financeur pour gérer l'opération à sa place ou lorsqu'il commande l'installation directement). S'agissant de l'autoconsommation collective, la problématique touche à la manière dont on pourrait mettre en œuvre la mise en concurrence. Préalablement à la passation de ce contrat, l'article L. 315-2 du Code de l'énergie impose à l'acheteur public d'adhérer à la personne morale organisatrice de l'opération pour définir notamment les modalités de répartition de l'électricité autoconsommée entre les participants. Compte tenu de l'absence de mise en concurrence de cette participation, il convient de rechercher si des motifs justifiant la passation d'un marché sans publicité ni mise en concurrence existent, étant entendu que l'exception in house ne pourra jouer en présence de capitaux privés et d'absence de contrôle comparable.

Il existe bien l'article R. 2122-3 du Code de la commande publique aux termes duquel : « *L'acheteur peut passer un marché sans publicité ni mise en concurrence préalables lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour (...) des raisons techniques [ou] l'existence de droits d'exclusivité* ». On ne sera pas très convaincu par l'argument des droits d'exclusivité – à ne pas confondre avec les droits exclusifs – dans la mesure où la jurisprudence vérifie la réalité de cette exclusivité (tirée généralement de la protection de droit de propriété intellectuelle) et de la nécessité d'y recourir. On peut l'être un peu davantage par celui des raisons techniques : l'autoconsommation collective est un moyen de favoriser la production d'énergie renouvelable tout en garantissant un certain prix et en profitant d'une opportunité de marché présente sur un marché privé. A cet égard, la situation se rapproche de l'exemple de « raisons techniques » que le Code de la commande publique donne dans le même article, et que la directive n'avait pas précisé : « *Tel est notamment le cas lors de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire* ». D'une certaine façon, il pourrait s'agir aussi, dans le cadre de l'autoconsommation collective, de profiter d'une opportunité de marché. Se posera peut-être quand même la question de

savoir qui est à l'origine du projet car si c'est la personne publique, l'exception pourrait être difficile à invoquer alors.

S'agissant du « PPA », la question est encore plus délicate : comment justifier de l'absence de mise en concurrence alors que des fournisseurs peuvent répondre aux besoins des autorités contractantes ? Le seul motif de la stabilité des prix ne paraît pas suffisant à cet égard. On pourrait envisager de mettre en concurrence plusieurs candidats pour un PPA mais se pose quand la question de savoir comment justifier d'exclure les autres fournisseurs. Toutefois, une définition précise des besoins, non pas liées à la volonté de promouvoir des énergies renouvelables puisque les fournisseurs le proposent, mais à celle de stabiliser les prix, en cette période de turbulence en particulier, pourrait être un motif suffisant pour limiter la concurrence aux candidats à un PPA. Se pose enfin la question de la possibilité d'ajouter un critère de proximité, c'est-à-dire que le choix puisse se faire aussi sur la base d'une production locale de l'électricité. En dépit de l'intérêt que cela peut présenter pour l'économie locale, un tel critère paraît difficilement justifiable tant il restreint la concurrence aux opérateurs qui peuvent disposer du foncier, sauf à proposer du « PPA on site » c'est-à-dire sur un terrain de l'acheteur qui serait mise à disposition du futur producteur.

On le voit, en renvoyant au respect du Code de la commande publique, le législateur a soigneusement évité de se prononcer sur des questions délicates, mais il est vrai qu'il ne pouvait décider de déroger en bloc à des obligations de publicité et de mise en concurrence fixées par les directives européennes. Il appartient aux autorités contractantes et à leurs conseils de trouver les bons arguments pour permettre que la combinaison entre droit de l'énergie et droit de la commande publique puisse enfin s'opérer.

1.3 Le tiers-financement est ouvert à l'État, à ses établissements publics et aux collectivités territoriales pour favoriser les travaux de rénovation énergétique par la création d'un marché global de performance à financement privé (loi n° 2023-222 du 30 mars 2023)

Cette loi prévoit, pour cinq ans, la possibilité de signer un marché global pour la rénovation énergétique qui, pour l'essentiel, déroge à deux règles du Code de la commande publique. En premier lieu, est ouverte la possibilité d'un financement privé. En conséquence, il est dérogé aux articles L. 2191-2 à L. 2191-8 du CCP, c'est-à-dire au droit à avance et à acompte, à l'interdiction du paiement différé et aux garanties et cessions de créance prévues pour un marché public classique.

En deuxième lieu, il est dérogé aux articles L. 2193-10 à L. 2193-13 du code de la commande publique relatif au droit au paiement direct du sous-traitant, remplacé par le droit à l'action directe prévu au titre III de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance. Une telle dérogation s'imposait, sauf à faire perdre tout intérêt au dispositif : la personne publique conservant, contrairement au marché de partenariat, la maîtrise d'ouvrage, le maintien du droit au paiement direct aurait pu avoir pour conséquence que la personne publique soit amenée à régler des travaux immédiatement, à la demande de sous-traitant, alors que le financement était censé être privé...

Il y a là d'ailleurs, s'agissant de la maîtrise d'ouvrage, le seul intérêt juridique de ce type de contrat par rapport à un marché de partenariat – encore que l'on puisse s'interroger sur l'intérêt pratique. Pour le

reste, il conviendra de vérifier que ce contrat présente un bilan plus favorable que « d'autres modes de réalisation du projet » et de procéder à une étude de soutenabilité budgétaire, tout en obtenant les mêmes autorisations et/ou sollicitant les mêmes avis préalables que pour les marchés de partenariat. Le bilan favorable doit notamment tenir compte de la meilleure performance énergétique, ce qui paraît délicat s'agissant d'un contrat qui se caractérise surtout par un mode de financement privé...

L'intérêt juridique de ce type de contrat est donc limité, mais l'intérêt psychologique non négligeable, compte tenu de la mauvaise réputation des marchés de partenariat...

Il est à noter que, cette loi étant prévue à titre expérimental, le Code de la commande publique n'a pas été formellement modifié.

1.4 Les personnes publiques peuvent modifier unilatéralement une clause au contenu illicite et divisible du reste du contrat (CE 8 mars 2023, n°464619, SIPPAREC, classé B)

Le Conseil d'Etat continue son œuvre de renforcement des pouvoirs de la personne publique contractante, en lien avec des questions de légalité des clauses d'un contrat administratif. Déjà, il a admis qu'une personne publique puisse résilier un contrat « entaché d'une irrégularité d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation », sous réserve de l'exigence de loyauté des relations contractuelles (CE 10 juillet 2020, n°430864, Société Comptoir Négoce équipement). Il a ensuite admis qu'une personne publique puisse écarter, pour l'avenir, une clause qu'elle estime illégale (CE 13 juin 2022, n°453769, CH d'Ajaccio). L'arrêt commenté « SIPPAREC », qui prend le contrepied du tribunal administratif, de la cour administrative d'appel et du rapporteur public Marc Pichon de Vendeuil, franchit une étape de plus dont la portée est grande et qui pourrait potentiellement déboucher sur un nouveau recours contentieux.

Le contexte était certes assez spécifique, s'agissant des concessions de distribution d'électricité qui, sauf exceptions prévus par les textes, sont nécessairement attribuées à ENEDIS. Mais la solution adoptée est évidemment transposable à tout contrat administratif. Le SIPPAREC, syndicat mixte regroupant près d'une centaine de communes concédantes d'Ile de France, estimait que la clause des trois contrats de concession en cause, prévoyant un certain montant d'indemnisation des biens de retour en cas de résiliation anticipée, était illégale car contraire aux principes posés par la jurisprudence Commune de Douai de 2012. Il décida, rien de moins, que de faire adopter trois délibérations modifiant unilatéralement lesdites clauses, lesquelles délibérations prévoyant même que les modifications seraient unilatérales en cas de non signature d'un projet d'avenants dans les deux mois de leur adoption... Le Préfet de la région Ile de France ayant demandé la suspension de ces modifications unilatérales, le TA de Paris puis la CAA lui donnèrent raison, contrairement au Conseil d'Etat qui annule l'arrêt de la CAA et renvoie l'affaire.

On ne se prononcera pas sur le fond, c'est-à-dire sur la question de savoir si la clause en question était illicite puisque le Conseil d'Etat n'a pas eu à se prononcer, se bornant, si l'on peut dire, à voir une erreur de droit de la Cour qui a jugé « *que la modification unilatérale d'un contrat concédant un service public ne saurait être mise en œuvre au seul motif de purger le contrat de stipulations illicites, alors que, ainsi qu'il vient d'être dit, la personne publique peut modifier une clause illicite de manière à remédier à son irrégularité si celle-ci est divisible du reste du contrat* ». Et le Conseil d'Etat de rappeler ensuite que la personne publique peut alors résilier le contrat si la clause n'est pas divisible et « *que l'irrégularité qui*

entache le contrat est d'une gravité telle que, s'il était saisi, le juge du contrat pourrait en prononcer l'annulation ou la résiliation ».

Si cette jurisprudence s'inscrit dans une certaine continuité comme on l'a dit, les prémisses de cette jurisprudence et ses prolongements interrogent. Reconnaître un tel pouvoir de résiliation ou de modification à une seule partie au contrat pour un motif d'illégalité ne saurait s'inscrire dans le cadre du pouvoir de résiliation ou de modification pour motif d'intérêt général : autant il est logique de confier seule à la personne publique l'appréciation d'un vrai motif d'intérêt général, sous le contrôle du juge, justifiant une résiliation ou une modification, autant c'est beaucoup plus discutable quand il s'agit de porter une appréciation, nécessairement subjective, sur la légalité d'une clause ou d'un contrat. On pourrait rétorquer que les autorités administratives ont le pouvoir de retirer ou abroger des actes administratifs unilatéraux créateurs de droit. Elles le peuvent mais que dans un délai de quatre mois, et la différence avec le contrat est patente puisque...elles sont seules à adopter cet acte. D'une certaine manière, le cocontractant des personnes publiques se retrouve désormais bien moins protégé que le bénéficiaire d'un acte administratif unilatéral adopté depuis plus de quatre mois : il peut voir son contrat résilié, ou une de ses clauses écartée ou modifiée au seul motif de sa prétendue illégalité. Voici un pouvoir considérable confié aux personnes publiques, qui pourraient être tentées d'écartées ou de modifier des clauses dont l'illégalité pourrait opportunément liée à leur caractère défavorable. Quant à l'appréciation de la divisibilité, elle pourrait, là encore, être opportunément affirmée...ou non s'il l'on souhaitait mettre fin à la relation contractuelle. Sans voir le mal partout, on peut aussi considérer que cette appréciation est éminemment subjective, à l'image de l'affaire SIPPÉREC : une clause financière, activée qui plus est qu'en cas de résiliation anticipée, peut au premier abord paraître divisible, mais quand on sait le poids des clauses financières sur les engagements des prêteurs, cela devient très discutable.

On peut être surpris que l'appréciation de cette illégalité ne se fasse pas, contrairement à la résiliation, sous réserve du respect de « loyauté des relations contractuelles ». On veut croire qu'il s'agit d'un simple oubli, et que la personne publique ne pourrait pas invoquer toute illégalité d'une clause, même celle dont elle est clairement à l'origine. Enfin, un constat s'impose et une interrogation demeure concernant le droit à l'équilibre financier du contrat. En premier lieu, cela ne vaut précisément pas dans le cas de clauses financières ou du moins de clauses qui prévoient une indemnisation qui pourrait être jugée excessive aux yeux d'un juge administratif : par hypothèse, cette indemnisation à la baisse ne peut être compensée par une indemnité. En deuxième lieu et surtout, on peut s'interroger s'il ne faudrait pas rentrer dans le raisonnement d'un éventuel partage de responsabilité en cas de préjudice liée à une clause illégale, comme le rappelle la jurisprudence *Société comptoir négoce équipement* en matière de résiliation unilatérale. Il y a donc beaucoup d'inconnus et d'inquiétudes à la lecture de ce nouveau pouvoir reconnu aux personnes publiques.

On pourra rétorquer que, bien évidemment, tout ceci s'opère sous le très protecteur « contrôle du juge ». Mais, en l'état actuel du droit, ce contrôle de la modification unilatérale et de toute décision unilatérale relative à l'exécution d'un contrat administratif n'intervient que sous l'angle indemnitaire, le juge s'en tenant à cette position depuis la vénérable jurisprudence Goguelat (CE 20 février 1868, Goguelat, n° 39761, p. 198), réitérée malgré les conclusions contraires du Président Genevois en 1983 (CE Section 9 décembre 1983, SA d'études de participations et de développement, n° 34607, p. 498) puis en 2017 (CE 15 novembre 2017, Société Les fils de Mme Géraud, n° 402794) malgré l'exception introduite, s'agissant de la résiliation unilatérale, par la jurisprudence Béziers II en 2011.

C'est probablement là que le bât blesse et c'est d'ailleurs principalement pour cette raison que le rapporteur public n'appelait pas de ses vœux une telle évolution : l'absence de recours en annulation dans les mains du cocontractant ne saurait être véritablement compensé ni par la possibilité de déclencher un déféré provoqué – puisque cela ne concerne que les contrats des collectivités territoriales et que le Préfet est libre d'y donner suite ou non – ni par le recours indemnitaire. On peut en effet trouver des situations où la modification unilatérale ne se traduira pas nécessairement par un préjudice, et où elle a pour autant un impact non négligeable sur le cocontractant. Le cas d'espèce en fournit un premier exemple : par hypothèse, il pourrait être difficile de déceler un préjudice puisque la clause modifiée n'aura vocation à jouer qu'en cas de résiliation anticipée, ce qui reste, à ce stade, hypothétique, tout comme le préjudice. Est-ce à dire que cela n'a pas d'impact sur le contrat ? On peut imaginer que l'éventuel prêteur d'un concessionnaire, ou d'un autre contrat administratif, puisse considérer qu'une telle modification entraîne un effet significatif défavorable, comme cela est souvent prévu dans les clauses d'un contrat de prêt, entraînant une obligation de remboursement anticipé. Pourra-t-on arguer d'un réel préjudice, ou la personne publique puis le juge ne pourrait-elle considérer qu'il n'y avait pas un tel « effet significatif défavorable » et donc qu'il n'y a pas de préjudice ?

L'intérêt de l'ouverture d'un recours en annulation serait réel, quand bien même l'annulation de la modification unilatérale d'une clause pourrait prendre des années, puisque la suspension sera difficile à obtenir à défaut d'urgence en général : la seule ouverture d'un tel recours, qui pourrait être limité à la modification pour motif d'illégalité compte tenu de ce qui a été dit plus haut, présenterait un risque suffisamment élevé en termes de rétroactivité pour conduire la personne publique à réfléchir à deux fois avant d'entrevoir une modification unilatérale.

On l'aura compris, introduire un tel recours « Béziers II bis » serait un moindre mal, à défaut de circonscrire ou de revenir sur cette jurisprudence pour le moins originale et peu compatible avec un objectif de sécurité juridique. On veut croire que le juge administratif ne sera pas insensible à ces arguments de bon sens, lui qui se préoccupe de plus en plus de l'équilibre entre prérogatives de puissance publique et approche économique du droit administratif, et entre respect de la légalité et de la sécurité juridique.

En attendant ce pas supplémentaire, une telle possibilité de modification unilatérale devrait conduire la partie privée à redoubler de vigilance sur les éventuelles illégalités de clauses dès la phase de mise au point du contrat, afin de ne pas ouvrir la possibilité d'une modification unilatérale. Cela étant, cela ne mettrait bien évidemment pas à l'abri d'une illégalité dont la cause serait postérieure à la signature – changement de réglementation par exemple.

1.5 Les informations tenant aux garanties financières et aux engagements pris par la société attributaire sont des documents administratifs communicables contrairement aux échanges intervenus dans le cadre de la négociation d'une concession (CE 15 mars 2023, n°465171 et 465174, *Ville de Paris*, classé B)

Un commentaire est désormais disponible à l'AJCT des éditions Dalloz :

François Lichère, « Passation d'une concession : précisions sur les informations communicables », note sous CE 15 mars 2023, n°465171 et 465174, *Ville de Paris*, AJCT, juillet-août 2023, p. 431.

2. Brèves

1. Les sociétés publiques locales ne sont pas des entités transparentes et leurs marchés sont de droit privé : « Ainsi créée dans le cadre institué par le législateur pour permettre à une collectivité territoriale de transférer certaines missions à une personne morale de droit privé contrôlée par elle, la SPLANG ne peut être regardée comme une entité transparente. En attribuant à la société Marlink un marché de fournitures et de services relatif à la continuité opérationnelle des installations satellitaires et hertziennes dont elle assure la gestion, la SPLANG a agi en son nom et pour son propre compte. Par suite, le marché litigieux passé sur le fondement de cette ordonnance ne saurait présenter le caractère d'un contrat administratif par détermination de l'article 3 de celle-ci. Aucun autre principe ni aucune autre disposition n'est par ailleurs de nature à lui conférer un caractère administratif » (CE 14 février 2023, n°460527, Société Guyacom)
2. Il n'y a pas insuffisance de précision des besoins en ne précisant pas le niveau de standing d'une concession de plage et le juge du fond doit vérifier si un vice de passation empêche de continuer l'exécution du contrat : « Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel de Marseille, pour prononcer la résiliation du contrat litigieux, a considéré que la commune avait entaché la procédure de passation de celui-ci d'un vice tenant à l'insuffisante définition de ses besoins, faute pour elle d'avoir précisé le « niveau de standing » des établissements qui était attendu pour chaque lot. En statuant ainsi, alors que l'autorité concédante avait informé les candidats sur les principales caractéristiques du service public concédé, et qu'elle n'était pas tenue de définir cet élément de la stratégie commerciale des établissements exploités sur chacun des lots, la cour a commis une erreur de droit. (...) En se bornant à relever que la procédure de passation du contrat en cause était entachée d'un vice qui découlait de divers manquements de la commune de Ramatuelle à ses obligations de mise en concurrence pour en déduire que ces irrégularités devaient conduire à la résiliation du contrat de sous-concession, alors qu'il lui appartenait de rechercher si, dans les circonstances de l'espèce, le vice dont elle estimait qu'était entachée la procédure de passation du contrat permettait, eu égard à son importance et à ses conséquences, la poursuite de l'exécution du contrat, la cour administrative d'appel de Marseille a commis une seconde erreur de droit. » (CE 10 mars 2023, n°464816 à 464825, Commune de Ramatuelle).
3. Des justifications incohérentes permettent d'écarter une offre, très inférieure à l'estimation et à la moyenne des autres offres, comme anormalement basse : « Il ressort des pièces du dossier soumis au juge des référés du tribunal administratif de Toulouse que, par lettre du 1er avril 2022, la communauté d'agglomération a demandé à la société Chassaing TP d'apporter, d'une part, les explications générales de nature à justifier les prix proposés, lesquels étaient en deçà de l'estimation et de la moyenne des autres offres avec des écarts importants et, d'autre part, tous éléments justificatifs pour une liste non exhaustive de prestations dont les coûts et prix apparaissaient incohérents. Au vu de la réponse de la société, le président de la communauté d'agglomération a rejeté son offre comme anormalement basse. Il a relevé, en premier lieu, que la société n'avait pas produit d'explication générale sur les tarifs appliqués, lesquels apparaissaient particulièrement bas en comparaison de l'estimation du pouvoir adjudicateur et

des prix résultants des offres concurrentes, en deuxième lieu, que les détails complémentaires demandés pour certaines prestations n'apparaissaient pas en adéquation avec le descriptif du chantier-exemple produit dans le mémoire technique de l'entreprise, en troisième lieu, que les détails complémentaires demandés pour certaines prestations comportaient toujours des imprécisions et carences et, en dernier lieu, que les réponses apportées par la société Chassaing TP comportaient des incohérences dans les justifications apportées, ces deux dernières considérations étant assorties d'exemples précis. En estimant que la procédure ainsi suivie par la communauté d'agglomération méconnaissait les obligations de celle-ci rappelées aux points 3 et 4, le juge des référés du tribunal administratif de Toulouse a commis une erreur de droit et dénaturé les pièces du dossier qui lui était soumis » (CE 14 mars 2023, n°465456, Communauté d'agglomération du Grand Cahors).

4. Le principe d'impartialité oblige à écarter une offre d'une entreprise qui fournissait un logiciel à l'entreprise attributaire du marché public dans la mesure où son dirigeant était aussi dirigeant de l'entreprise assistante au maître d'ouvrage : « D'une part, il est constant que le dirigeant de la société AV Protec, assistante à la maîtrise d'ouvrage de la commune de Caudry, est également le dirigeant de la société CIPEO, éditeur du logiciel « CANOPY 314 », que l'offre du groupement attributaire désignait comme son fournisseur. D'autre part, il ressort tant de l'ordonnance attaquée que des pièces du dossier soumis au juge des référés que la société AV Protec a, au titre de sa mission d'assistance à la maîtrise d'ouvrage, participé à l'analyse des offres et à leur notation et a été ainsi susceptible d'influencer l'issue de la procédure. Par suite, en jugeant que la participation de la société AV Protec au déroulement de la procédure de passation du marché litigieux n'était pas de nature à compromettre l'impartialité de l'assistant à la maîtrise d'ouvrage ni, par conséquent, la régularité de la procédure de passation, le juge des référés a inexactement qualifié les faits de l'espèce » (CE 28 février 2023, n°467455, Société Française de télésurveillance).

5. Un bail en l'état futur d'achèvement est requalifié en marché de travaux et le non-respect de l'interdiction du paiement différé entraîne l'illicéité du contenu des clauses qui prévoient les modalités de versement des surloyers. Compte tenu du caractère déterminant de ces clauses dans la conclusion de cette convention, ces clauses sont indivisibles du reste du contrat, le contenu du contrat était donc illicite et le contrat, alors même qu'il a été passé en la forme authentique, doit être annulé. Enfin, « si la société invoque ainsi l'obligation d'indemnisation du cocontractant en cas de résiliation pour motif d'intérêt général, un tel fondement de responsabilité n'est pas invocable dans l'hypothèse où le juge annule le contrat pour invalidité. Si la société Victor Hugo 21 invoque, par ailleurs, l'enrichissement sans cause du centre hospitalier, il est constant que le centre hospitalier, n'ayant jamais occupé les lieux ni tiré le moindre parti des bâtiments objet du bail, ne s'est pas enrichi dans cette opération. Il résulte de ce qui précède que les demandes reconventionnelles de la société Victor Hugo 21, qui ne met pas en cause la responsabilité quasi-délictuelle du centre hospitalier, doivent être rejetées » (CAA Marseille, 27 février 2023, n°21MA04312).