

REVUE D'ACTUALITE

DECEMBRE 2020

 **Actualité législative et réglementaire** **Loi n°2020-1525 du 7 décembre 2020 d'accélération et de simplification de l'action publique**

La loi ASAP du 7 décembre 2020 contient plusieurs dispositions importantes relatives au droit de la commande publique, dont aucune n'a été censurée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 3 décembre 2020 n°2020-807 DC :

- Possibilité de conclure des **marchés sans publicité ni mise en concurrence pour un « motif d'intérêt général » que seul le gouvernement pourra déclarer** (art. L.2122-1 CCP). Cette limitation des motifs d'intérêt général est substantielle : elle interdit aux acheteurs de le définir eux-mêmes en réservant cette définition au gouvernement, qui ne pourra intervenir que dans le respect des directives européennes de 2014.
- Jusqu'au 31 décembre 2022, le seuil de **passation des marchés de travaux sans publicité ni mise en concurrence est élevé à 100 000 € HT**. Cette règle s'applique également aux lots inférieurs à 100 000 € HT pourvu qu'ils représentent moins de 20 % de la valeur totale du marché.
- Qualification d'« **autres marchés** », non soumis à procédure de publicité et mise en concurrence, pour les **marchés de service juridique de représentation légale par avocat et de consultation juridique d'avocat**, conformément à la directive marchés (art. L.2512-5, 8°, d) et e) CCP et L.3212-4, 7°, d) et e) CCP).
- Application des **règles de modification prévues au code de la commande publique applicable aux contrats dont l'avis d'appel à la concurrence a été lancé avant le 1^{er} avril 2016**, sans qu'une nouvelle procédure de passation ne soit nécessaire.
- **Protection des entreprises placées en redressement judiciaire** via la pérennisation des dispositifs de l'ordonnance n°2020-738 du 17 juin 2020. Ainsi, les **entreprises en redressement judiciaire et qui disposent d'un plan de redressement** ne peuvent pas, pour ce seul motif, être écartées d'une procédure de passation d'un marché (art. L.2141-3, 3° CCP) ou d'une concession (L. 3123-3, 3° CCP). Par ailleurs, il n'est pas possible de résilier un marché (art. L.2195-4 CCP) ou une concession (art. L.3136-4 CCP) du fait du **placement du titulaire en redressement judiciaire**.
- Possibilité de **réserver des marchés ou des lots à la fois à des entreprises adaptées, à des établissements de services d'aide par le travail et à des structures d'insertion par l'activité économique** (art. L.2113-14 CCP). Auparavant, les acheteurs ne disposaient que d'une alternative entre les deux premières catégories et la dernière.
- Extension de l'obligation, qui concernait jusqu'à présent les marchés de partenariat, de **réserver une part de l'exécution des marchés globaux aux PME** (art. L.2171-8 CCP), dans des conditions qui seront fixées par voie réglementaire, notamment la part minimale. L'étendue de la part réservée aux PME sera même un **critère de sélection** (art. L.2152-9 CCP).

CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS
EDPL - UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON 3

ADRESSE **GÉOGRAPHIQUE** > Site des quais – Bâtiment Cavenne | 15 quai Claude Bernard | LYON 7e
ADRESSE **POSTALE** > Équipe de droit public de Lyon | 1C avenue des Frères Lumière | CS 78242 - 69372 LYON CEDEX 08

Contact : chairedcp@univ-lyon3.fr | 04 78 78 70 54

LinkedIn : www.linkedin.com/company/chairedcp

Twitter : www.twitter.com/chairedcp

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

- Extension du périmètre des marchés globaux. En particulier, un **nouveau marché global sectoriel de l'État est créé pour la conception, la construction, l'aménagement, l'exploitation, la maintenance ou l'entretien des infrastructures linéaires de transport de l'État, hors bâtiment** (art. L.2171-4, 5° CCP). Du reste, le régime des marchés globaux sectoriels de la société du Grand Paris est précisé : il est désormais possible de prévoir que **le titulaire participe aux opérations de construction et de valorisation immobilière des immeubles non directement liés aux infrastructures du réseau de transport public du Grand Paris**.
- Création, dans les deux parties relatives aux marchés publics et aux concessions, d'un livre relatif à la commande publique face aux **circonstances exceptionnelles** (art. L.2711-1 et s. et L.3411-1 et s. CCP). Le texte reprend plusieurs dispositifs de l'ordonnance n°2020-319 du 25 mars 2020 :
 - L'application de ces dispositifs est **conditionnée par leur déclenchement, total ou partiel, par décret**.
 - Possibilité **d'adapter les modalités de la mise en concurrence**, dans le respect du principe d'égalité de traitement si **l'autorité contractante ne peut respecter celles initialement prévues**.
 - Possibilité, pour les **prestations ne pouvant souffrir d'aucun retard, d'étendre les délais de réception des candidatures et des offres** pour que les entreprises puissent candidater ou soumissionner.
 - Possibilité, pour les **contrats arrivant à terme pendant la période de circonstances exceptionnelles**, de les **prolonger jusqu'à la fin de cette période plus la durée nécessaire à la passation d'un nouveau contrat**.
 - Extension du **délai d'exécution des obligations pour lesquelles le titulaire ou le concessionnaire est dans l'impossibilité de le respecter ou pour lesquelles l'exécution dans le délai prévu au contrat ferait peser sur le titulaire ou le concessionnaire une charge manifestement excessive**.
 - Concernant les marchés publics, si le titulaire ne peut exécuter tout ou partie d'un bon de commande ou d'un marché, en particulier lorsqu'il démontre qu'il n'a pas les moyens suffisants ou que l'exécution dans les conditions prévues ferait peser sur lui une charge manifestement excessive, celui-ci **ne peut être sanctionné, ni se voir appliquer des pénalités ou voir sa responsabilité contractuelle engagée**. L'acheteur peut alors **conclure, à ses frais, un marché de substitution pour les prestations ne pouvant souffrir d'aucun retard**.

► Actualité jurisprudentielle

➡ Référés – CE, 8 déc. 2020, *Sté Pompes funèbres funérarium Lemarchand*, n°440704

Nouvelles précisions sur la recevabilité des référés précontractuel et contractuel.

- **Référé précontractuel** : un opérateur évincé peut intenter un **troisième référé précontractuel durant le délai de *standstill* quand bien même il a été en mesure d'avancer le ou les mêmes moyens dans les précédentes procédures**.
- **Référé contractuel** : le référé contractuel n'est recevable que si l'opérateur évincé n'a pas été en mesure de déposer un référé précontractuel, notamment, dans le cas où un autre référé précontractuel est intenté, si le pouvoir adjudicateur n'a pas respecté l'obligation de suspension de signature jusqu'à notification de la

décision du juge des référés (L.551-4 CJA). **La circonstance que le pouvoir adjudicateur ait signé le contrat à la suite de l'information de la décision du juge communiquée par son avocat qui en avait été notifié remplit cette exigence.** Il en ressort que le référé contractuel se trouve fermé.

➡ **Notion d'opérateur économique – CE, 8 déc. 2020, *Métropole Aix-Marseille Provence*, n°436532**

Le Conseil d'État précise la notion d'opérateur économique à l'aune du concept d'autonomie commerciale, faisant ainsi preuve de réalisme économique.

- Par principe, **deux personnes morales distinctes constituent deux opérateurs économiques distincts.**
- Il en va autrement lorsqu'au-delà de cette considération strictement organique, le pouvoir adjudicateur constate leur « **absence d'autonomie commerciale** », les deux personnes devant alors être considérées comme **un seul soumissionnaire.**
- Ceci peut résulter des **liens étroits entre les dirigeants et actionnaires, l'absence de moyens distincts** ou encore la **similitude des offres.**

➡ **Marchés de travaux : point de départ du délai de transmission du projet de décompte final en cas de réception avec réserve – CE, 8 déc. 2020, *Sté Sogetra*, n°437983**

Interprétation stricte des stipulations de l'article 13.3.2 alinéa 3 du CCAG travaux.

- Pour rappel, l'article 13.3.2 du CCAG travaux prévoit un **délaï de 45 jours à compter de la notification de la décision de réception des travaux pour la transmission, par le titulaire au maître d'œuvre, de son projet de décompte final.**
- En cas de réception assortie de réserve conformément à l'article 41.6 du CCAG, le point de départ de ce délai est bien la **date de notification de la réception**, non la date de levée des réserves, **nonobstant l'étendue des réserves formulées.**
- Dès lors, sur cette question du point de départ du délai de transmission du projet de décompte final, **la réception assortie de réserve de l'article 41.6 se distingue de la réception sous réserve de l'article 41.5 pour laquelle le délai court à compter du procès-verbal constatant la levée des réserves.**

➡ **Devoir de conseil du maître d'œuvre – CE, 10 déc. 2020, *M. G c/ Cne de Biache-Saint-Vaast*, n°432783**

Le Conseil d'État précise l'étendue du devoir de conseil du maître d'œuvre vis-à-vis du maître de l'ouvrage

- Pour rappel, le maître d'œuvre peut engager sa **responsabilité contractuelle vis-à-vis du maître de l'ouvrage au titre de son devoir de conseil** et l'arrêt précise que tel est le cas s'il **s'abstient d'attirer l'attention de celui-ci sur les désordres affectant l'ouvrage**, et non seulement sur les désordres rendant l'ouvrage impropres à sa destination.
- Dès lors, il revient au maître d'œuvre, dans le cadre de son devoir de conseil, d'informer le maître de l'ouvrage de **toute nouvelle réglementation** liée à l'ouvrage afin que ce dernier puisse décider avant

réception de travaux supplémentaires de mise en conformité, y compris pour de nouvelles normes acoustiques entrée en vigueur deux mois après le début des travaux et dont il pouvait avoir connaissance.

➡ Application de la jurisprudence *Béziers I* – CE, 10 déc. 2020, *Sté Air Loyauté*, n°432602

Le Conseil d'État casse un arrêt de Cour administrative d'appel qui avait annulé un contrat sur le fondement de la jurisprudence *Béziers I*.

- Le Conseil d'État rappelle que **l'annulation du contrat ne peut être prononcée que lorsque celui-ci a un contenu illicite, est affecté d'un vice du consentement ou de tout vice d'une particulière gravité devant être relevé d'office par le juge.**
- Contrairement à ce qu'avait jugé la Cour administrative d'appel, le Conseil d'État précise que **l'absence de prise en compte des capacités financières d'une société dans l'attribution du contrat ne constitue pas, en l'absence d'intention de favoriser le candidat, un vice d'une particulière gravité de nature à entraîner l'annulation du contrat.**

➡ Résiliation tacite – CE, 11 déc. 2020, *Sté Copra Méditerranée*, n°427616

Le Conseil d'État rappelle les conditions de la résiliation tacite d'un contrat administratif et son contrôle juridictionnel.

- En principe, un contrat administratif ne peut être résilié unilatéralement que par **décision expresse de la personne publique contractante.**
- Cependant, un contrat peut être regardé comme **tacitement résilié au regard du comportement de la personne publique.** Il doit alors être certain que celle-ci a mis fin de façon **non équivoque** à la relation contractuelle. Cela peut résulter des **démarches prises pour satisfaire les besoins par d'autres moyens, de la cessation de l'exécution ou d'une décision rendant impossible l'exécution du contrat.**
- Le **juge du fond apprécie souverainement la résiliation tacite**, sous les contrôles de **l'erreur de droit** ou de la **dénaturation des pièces du dossier** par le juge de cassation.
- La résiliation tacite n'emporte **pas d'effet sur le droit à indemnisation du cocontractant.**
- Apport : **une telle résiliation tacite peut être constatée à l'occasion d'un simple recours indemnitaire ne tendant pas à la reprise des relations contractuelles.**

Voir par ailleurs CE, 27 fév. 2019, *Dép. de Seine-Saint-Denis*, n°414114.

➡ Règles générales applicables aux contrats administratifs – CE, 18 déc. 2020, *Sté Treuils et Grues Labor*, n°433386

Le Conseil d'État applique aux marchés de fournitures la règle selon laquelle l'acheteur peut faire exécuter par un tiers aux frais et risques de son cocontractant les obligations que celui-ci n'exécute pas sans pour autant avoir à résilier le contrat.

- Après avoir **mis vainement en demeure son cocontractant d'exécuter ses obligations contractuelles**, la personne publique **peut faire exécuter tout ou partie de celles-ci par un tiers via un marché de substitution aux frais et risques du primo contractant sans qu'elle ne doive préalablement résilier le premier marché.**

- En tant que **règle générale applicable aux contrats administratifs**, cette règle peut être mise en œuvre **nonobstant toute clause contractuelle**, à raison de l'intérêt général qui s'y attache et est **d'ordre public**.
- Apport de l'arrêt : une telle solution avait déjà été retenue pour les **marchés de travaux** (CE, Ass., 9 nov. 2016, *Fosmax*) et les **concessions de services** (CE, 14 fév. 2017, *GPMB*). Ici le Conseil d'État l'applique aux **marchés de fournitures**.

Pour une analyse plus approfondie de l'actualité des contrats publics du mois de novembre, voir la Lettre juridique des contrats publics du Professeur LICHERE en suivant ce lien :

<http://fidal.pro/documents/abcde0043/lettredécembre2020.pdf>

CHAIRE DE DROIT DES CONTRATS PUBLICS
EDPL - UNIVERSITÉ JEAN MOULIN LYON 3

ADRESSE **GÉOGRAPHIQUE** > Site des quais – Bâtiment Cavenne | 15 quai Claude Bernard | LYON 7e
ADRESSE **POSTALE** > Équipe de droit public de Lyon | 1C avenue des Frères Lumière | CS 78242 - 69372 LYON CEDEX 08

Contact : chairedcp@univ-lyon3.fr | 04 78 78 70 54

LinkedIn : www.linkedin.com/company/chairedcp

Twitter : www.twitter.com/chairedcp

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