

REVUE DE DOCTRINE

2021

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

Ce numéro porte sur des articles parus en 2021.

SOMMAIRE :

► <i>Actualité juridique – Droit administratif (Dalloz)</i>	3
➔ F. BRENET, « Les contrats de droit privé des personnes publiques », <i>AJDA</i> 2021, n° 2, p. 76.....	3
➔ J. SIRINELLI, « La résiliation du contrat administratif par l'administrateur ou le liquidateur judiciaire », <i>AJDA</i> 2021, n° 5, p. 248	5
➔ F. BRENET, « Quasi-contrats administratifs et quasi-contrats de droit privé », <i>AJDA</i> 2021, n° 6, p. 314.....	6
➔ J. BOUSQUET, « La répétition de l'indu », <i>AJDA</i> 2021, n° 6, p. 320	7
➔ I. HASQUENOPH, « L'introuvable quasi-contrat de gestion d'affaires en droit administratif », <i>AJDA</i> 2021, n° 6, p. 326.....	8
➔ H. HOEPFFNER, L. JANICOT, « L'enrichissement sans cause », <i>AJDA</i> 2021, n° 6, p. 333	9
➔ L. RICHER, « Retour sur la cession des contrats de commande publique », <i>AJDA</i> 2021, n° 21, p. 1183.....	12
➔ V. LAUGIER, « Le contrat administratif rétroactif », <i>AJDA</i> 2021, n° 24, p. 1366.....	12
➔ S. DARRIGO, « Commande publique, droit à l'égalité et à la non-discrimination », <i>AJDA</i> 2021, n° 40, p. 2320.....	14
➔ M. KALOGEROPOULOS, « Commande publique et droit de propriété des opérateurs privés », <i>AJDA</i> 2021, n° 40, p. 2326.....	15

➔ I. HASQUENOPH, « Commande publique et protection des données personnelles », <i>AJDA</i> 2021, n° 40, p. 2339	16
▶ <i>Revue française de droit administratif (Dalloz)</i>	18
➔ I. MICHALIS, « La rationalisation du régime de la résiliation unilatérale du contrat administratif par l'Administration », <i>RFDA</i> 2021, n° 2, p. 290.....	19
▶ <i>Revue du droit de l'immobilier (Dalloz)</i>	20
➔ H. HOEPFFNER, « le nouveau CCAG travaux, point d'orgue de la réforme du droit de la commande publique », <i>RDI</i> 2021, n° 7-8, p. 392	20
▶ <i>Contrats et marchés publics (LexisNexis)</i>	20
➔ G. ECKERT, « Les nouveaux CCAG : perspectives générales », <i>CMP</i> 2021, n° 5, dossier 2	20
➔ P. TERNEYRE et T. LALOUM, « Droit des contrats administratifs : renversons quelques tables pour la reprise économique ! », <i>CMP</i> 2021, n° 7, étude 5	21
▶ <i>La Semaine juridique – Administration et collectivités territoriales (LexisNexis)</i>	22
➔ J. MARTIN, « Les risques dans les marchés publics. Diagnostic et taxonomie », <i>JCP Adm.</i> 2021, n° 40, 2285.....	22
➔ L. RICHER, « Synthèse du colloque », <i>JCP Adm.</i> 2021, n° 46, 2348	23
➔ C. VAYSSE, « Lois EGalim, AGEC, climat et résilience, chaud devant pour la commande publique ! », <i>JCP Adm.</i> 2021, n° 51-52, 2386.....	24

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

➡ **F. BRENET, « Les contrats de droit privé des personnes publiques », *AJDA* 2021, n° 2, p. 76**

L'article de François Brenet s'insère dans un dossier thématique de l'*AJDA* consacré au centenaire de la décision « Bac d'Eloka ». Il traite de la place du contrat de droit privé dans les procédés utilisés par les personnes publiques. L'article défend, d'une part, la thèse de la contraction du champ des contrats de droit privé des personnes publiques ; d'autre part, celle selon laquelle ces contrats seraient disparates et par conséquent facteurs de complexité.

L'auteur relève tout d'abord la contraction du champ de la catégorie des contrats privés des personnes publiques. Celle-ci serait due à trois phénomènes. En premier lieu, l'augmentation des catégories de contrats spéciaux des personnes publiques dont le caractère administratif est déterminé par la loi (contrats de commande publique passés par des personnes publiques, contrats d'occupation du domaine public, contrats de cession des biens immobiliers de l'État, baux emphytéotiques). En deuxième lieu, le fait que la jurisprudence qualifie désormais d'administratifs un certain nombre de contrats relevant jusqu'alors du droit privé (contrats portant sur la gestion du domaine privé, contrats conclus par les EPIC) notamment en présence d'une clause exorbitante dans l'acception assez large qu'en donne la décision « société Axa France » (T. Confl., 13 octobre 2014, n° C3963, Sté Axa France IARD), à savoir cette « *qui (...) implique, dans l'intérêt général, [que le contrat] relève du régime exorbitant des contrats administratifs* ». Ceci, nonobstant l'exigence d'une « exorbitance renforcée » pour les contrats portant sur un bien relevant du domaine privé. L'auteur mentionne également le cas des transactions, désormais qualifiées depuis une vingtaine d'années de contrats administratifs lorsqu'elles ont pour objet de mettre fin à un litige administratif (CE, ass., avis, 6 déc. 2002, n° 249153, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses). En troisième lieu, le phénomène de transformation des personnes publiques en personnes privées (principalement la « sociétéisation » des EPIC), qui a mécaniquement conduit à faire des contrats privés des personnes publiques ainsi transformées des contrats privés de personnes privées.

La seconde idée principale de l'article est celle du caractère hétérogène et par conséquent complexe du droit des contrats de droit privé des personnes publiques.

D'abord, selon l'auteur, il n'existerait aucun critère permettant l'application de la formule de Blum dans ses conclusions sur l'arrêt *Granits porphyroïdes des Vosges*, selon laquelle ce contrat serait « *conclu selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers* ». Ainsi, selon F. Brenet, le critère de la

gestion privée ne serait pas opérant s'agissant des contrats privés des personnes publiques, lesquels ne pourraient être qualifiés que négativement, comme « ceux qui ne sont pas administratifs ». L'auteur s'appuie sur plusieurs exemples pour illustrer son propos. En particulier celui des contrats des gestionnaires de SPIC, qui n'ont pas moins de liens avec le service public que ceux conclus par les gestionnaires de SPA, ainsi que celui des contrats de vente immobilière, dont le caractère administratif ou privé est déterminé par la nature de la personne publique vendeuse (État ou collectivité territoriale), alors que l'objet du contrat est identique.

L'auteur souligne ensuite la complexité excessive (il utilise l'adjectif « alambiqué ») du régime des contrats privés des personnes publiques. En premier lieu, il n'existerait aucun régime spécifique aux contrats privés des personnes publiques. Sur ce point, le régime publiciste commun à l'ensemble des contrats des personnes publiques (règles de compétences, interdiction des libéralités, comptabilité publique, protection des propriétés publiques) est selon F. Brenet, neutre quant au régime (administratif ou de droit privé) applicable à ces contrats. On pourrait ajouter que le régime publiciste minimal applicable aux contrats publics n'est, par définition, pas spécifique aux contrats de droit privé puisqu'il s'applique, a fortiori, aux contrats administratifs. En second lieu, le juge judiciaire ne réserve pas de traitement particulier aux contrats privés des personnes publiques, de sorte qu'il n'existerait pas de droit des contrats privés des personnes publiques se singularisant au regard du droit des contrats privés des personnes privées. L'une des principales raisons du faible degré d'originalité des contrats privés des personnes publiques au regard des contrats privés des personnes privées tiendrait aussi à une forme de banalisation du droit des contrats administratifs, lequel est constitué d'un certain nombre de règles issues du droit privé des contrats (vices du consentement, modulation des clauses pénales. On pourrait y ajouter la théorie de la cause, du moins avant la réforme du droit des obligations de 2016). Selon F. Brenet, l'une des sources potentielles de singularisation du droit des contrats privés des personnes publiques résiderait dans le droit de l'Union européenne, et notamment, par suite de l'arrêt « Promoimpresa » (CJUE 14 juill. 2016, aff. C-458/14, Promoimpresa Srl, Mario Melis c/ Consorzio dei comuni della sponda bresciana del lago di Garda e del lago di Idro c/ Regione Lombardia c/ Comune di Iorio Porto San Paolo c/ Provincia di Olbia Tempio) s'agissant de la mise en concurrence pour la passation des contrats portant occupation du domaine privé.

La complexité du régime contentieux des contrats privés des personnes publiques est enfin mise en exergue par l'auteur. Il prend l'exemple, déjà cité, de la différence de compétence juridictionnelle selon que les contrats de vente de biens du domaine privé sont conclus par l'État ou les collectivités territoriales ; celui de la répartition entre compétence administrative et judiciaire dans le contentieux des contrats portant gestion du domaine privé au titre de la jurisprudence « Brasserie du théâtre »

(T. confl. 22 nov. 2010, n° 3764, Société Brasserie du Théâtre c/ Commune de Reims) – judiciaire s’agissant de la contestation par le cocontractant, de l’acte relatif à la passation ou à l’exécution du contrat, administrative s’agissant des recours des tiers. De même, le contentieux des actes relatifs à la gestion contractuelle du domaine privé relève de la compétence judiciaire, sauf lorsqu’ils affectent le périmètre ou la consistance de ce domaine, auquel cas la compétence juridictionnelle est administrative. L’auteur tire du manque de cohérence et de la complexité du régime des contrats de droit privé des personnes publiques la conclusion selon laquelle ils ne forment pas un objet d’étude susceptible d’intéresser la doctrine universitaire.

➡ **J. SIRINELLI, « La résiliation du contrat administratif par l’administrateur ou le liquidateur judiciaire », *AJDA* 2021, n° 5, p. 248**

Cette étude traite de la confrontation entre les deux logiques antagonistes à l’œuvre lors du placement de l’opérateur économique titulaire d’un contrat administratif (essentiellement de commande publique) en liquidation judiciaire ou lorsqu’un administrateur est désigné dans le cadre d’une procédure de sauvegarde : d’une part, celle du droit des entreprises en difficulté, qui vise à favoriser le paiement des créanciers, au prix, si nécessaire, de la résiliation des contrats conclus par l’entreprise – fussent-ils administratifs ; d’autre part, celle de la continuité administrative, qui veut que le contrat administratif ne puisse pas s’éteindre, dès lors qu’il répond un but d’intérêt général, que l’Administration est seule habilitée à déterminer.

L’auteur rend compte de la spécificité de ce cas de figure en deux temps : en premier lieu, en constatant l’existence d’un pouvoir de résiliation unilatéral du contrat administratif par l’administrateur ou le liquidateur, et en second lieu, en s’interrogeant sur les modalités du contrôle exercé sur ce pouvoir.

Le pouvoir de résiliation unilatérale des contrats des entreprises en difficulté par l’administrateur et le liquidateur est consacré par le Code de commerce (articles L. 622-13 et L. 641-11-1). Les grandes originalités de ce cas de figure sont, d’une part, que la résiliation est alors prononcée par un tiers au contrat (qui n’est pas le juge administratif), et que les fins de cette résiliation sont autonomes des motifs de résiliation par l’Administration (intérêt général ou inexécution par le titulaire) ou son cocontractant (manquement contractuel de l’organisme adjudicateur dans les cas prévus par le CCAG et la jurisprudence). Il ne s’agit ici que du paiement des créanciers. Il est d’ailleurs remarquable, comme le relève Jean Sirinelli, que la personne publique ne peut s’opposer

à la résiliation du contrat administratif par l'administrateur ou le liquidateur, fut-ce pour préserver la continuité du service public.

L'auteur s'interroge consécutivement sur la possibilité d'adopter un régime différencié de résiliation des contrats par l'administrateur ou le liquidateur lorsque ceux-ci ont un caractère administratif, mais il ne trouve aucune solution satisfaisante sur le plan juridique.

S'agissant du contrôle du pouvoir de résiliation unilatérale du contrat administratif par le liquidateur ou l'administrateur, la jurisprudence du Tribunal des conflits partage cette compétence entre les deux ordres de juridiction. Le juge administratif est compétent pour connaître de la contestation d'une résiliation prise sur le fondement du 1^o du III de l'article L. 641-11-1 du code de commerce. Il doit néanmoins, poser une question préjudicielle au tribunal de commerce, en cas de difficulté sérieuse portant sur la vérification des conditions de la résiliation prévues par le code de commerce. Cette action de la personne publique contractante devant le juge administratif est assimilée par le Tribunal des conflits à une demande tendant à la reprise des relations contractuelles, au sens de la jurisprudence dite « Béziers II ». Le juge administratif doit alors statuer en appréciant si l'opérateur économique dispose des fonds nécessaires pour poursuivre l'exécution du contrat.

➡ **F. BRENET, « Quasi-contrats administratifs et quasi-contrats de droit privé », *AJDA* 2021, n^o 6, p. 314**

Cet article s'insère dans un dossier thématique de l'*AJDA* consacré aux quasi-contrats administratifs. La thèse ici défendue est celle de l'unité des quasi-contrats administratifs des quasi-contrats de droit privé au sens où les premiers ne se sont jamais véritablement émancipés du droit civil, de sorte qu'ils demeurent « *plus quasi contractuels qu'administratifs* ».

Cette « *unité* » des quasi-contrats administratifs et de droit privé se manifeste à trois niveaux. D'abord, les quasi-contrats font l'objet d'une dénomination et d'un sens communs. En droit civil comme en droit administratif, ils renvoient à des « *faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui* » (C. Civ, art. 1300). Ensuite, les quasi-contrats disposent de « *fondements analogues* » qui trouvent leur origine dans le principe d'« *équité* » (R. Chapus, *Droit administratif général*, 2001, t. 1, n^o 1394), ou de « *droit naturel* » (Corneille, concl. sur CE 18 juin 1920, *Rigault*, S. 1924. III. 70), qui interdit de s'enrichir au détriment d'autrui. Enfin, les quasi-contrats produisent des « *effets identiques* » : en droit civil comme en droit administratif, ils font naître une obligation de restitution et de compensation. Les quasi-contrats administratifs ne se distinguent ainsi pas fondamentalement des quasi-contrats privés : les

différences qui les séparent apparaissant « *limitées* ». Les premières concernent leur organisation : les quasi-contrats privés sont au nombre de trois, tandis qu'ils ne sont que deux en droit administratif. En effet, la jurisprudence administrative a toujours marqué une nette préférence pour l'enrichissement sans cause (PGD en matière des travaux publics depuis CE, 14 avr. 1961, *Sté Sud Aviation, Lebon 236*) et la répétition de l'indu (CE 25 nov. 1921, *Société des Savonneries Henri Olive, Lebon 977*), tout en délaissant la gestion d'affaires. Les deuxièmes concernent leur régime juridique qui a fait l'objet d'une codification en droit privé tandis qu'il demeure « *essentiellement jurisprudentiel* » en droit administratif. Dans le même sens, l'objectif de protection des deniers publics commande certaines spécificités des quasi-contrats administratifs. Par exemple, en vertu de la règle qui interdit à la personne publique de payer des sommes qu'elle ne doit pas, l'action de *in rem verso* ne peut être exercée contre elle que si celle-ci a exprimé son assentiment à l'action de l'appauvri. Les dernières différences tiennent au développement des quasi-contrats qui est assurément plus limité en droit administratif qu'en droit privé.

➡ J. BOUSQUET, « La répétition de l'indu », *AJDA* 2021, n° 6, p. 320

L'article qui s'insère dans un dossier thématique de l'*AJDA* consacré aux quasi-contrats administratifs entend démontrer la spécificité de la répétition de l'indu administrative, dont la diversité contraste avec l'unité qui la caractérise en droit civil.

La répétition de l'indu administrative s'est progressivement émancipée de ses origines civilistes, sans qu'il existe une différence de nature entre les deux. En droit civil comme en droit administratif, la répétition de l'indu renvoie à l'action en justice permettant à celui qui a accompli, sans y être obligé par contrat, une prestation (*solvens*) – généralement le versement d'une somme d'argent –, à obtenir en la restitution par celui qui en a profité (*accipiens*). Cependant, parce qu'elle doit s'adapter aux exigences de la vie administrative, la répétition de l'indu présente certaines « *originalités* » en droit public imputables à la multiplication des dispositifs spécifiques. Cette diversité rend tout effort de systématisation « *presque vain* ». C'est, en premier lieu, la notion de répétition de l'indu qui se montre très « *hétéroclite* ». D'abord, son autonomie vis-à-vis de l'enrichissement sans cause est sujette à caution tant ces quasi-contrats partagent le même fondement : le principe qui interdit de s'enrichir au détriment d'autrui. Ensuite, la diversité des situations susceptibles de se prêter à paiement de l'indu en droit public défavorise « *son intelligibilité globale et son appréhension* ». En effet, ce quasi-contrat doit être appréhendé différemment selon que la personne publique est l'*accipiens* ou le *solvens* puisque dans cette dernière hypothèse elle dispose du privilège du préalable. En outre, un certain nombre de textes législatifs font application de ce mécanisme à des situations bien précises et variées. C'est,

en second lieu, le constat de « *régimes disparates* » qui conduit à douter de l'unité de la répétition de l'indu administrative. La multiplication des textes prévoyant un régime propre de répétition de l'indu dans des domaines spécifiques (par exemple en matière fiscale, d'urbanisme, d'APL...) laisse entrevoir un indéniable « *éclatement textuel* ». Il est donc impossible de résumer les grandes lignes de son régime à quelques « *vagues principes généraux* » tant les dispositions législatives spéciales sont nombreuses (par exemple en matière de délai de prescription, de règles contentieuses et sur le fond). Ce manque d'unité peut également être imputé à « *l'influence du droit de l'Union européenne* » dans lequel la répétition de l'indu prend des « *allures particulières* ». L'enjeu qui sous-tend l'abondante jurisprudence de la CJUE est de protéger plus efficacement les opérateurs économiques s'étant acquittés d'un prélèvement public indu en atténuant certaines règles nationales jugées excessivement protectrices des personnes publiques, voire anticoncurrentielles.

➡ **I. HASQUENOPH, « L'introuvable quasi-contrat de gestion d'affaires en droit administratif », *AJDA* 2021, n° 6, p. 326**

L'auteure analyse le refus de transposition du quasi-contrat de gestion d'affaires en droit administratif ainsi que son bien-fondé.

L'auteure constate tout d'abord que, contrairement à ce qu'une partie de la doctrine a pu soutenir, le quasi-contrat de gestion d'affaires n'a jamais été transposé en droit administratif. Ceci s'explique principalement par la contradiction entre « *l'esprit du droit public* » – qui tient à l'interdiction des immixtions privées dans les affaires publiques – et le principe même de ce quasi-contrat – qui repose précisément sur l'immixtion dans la gestion des affaires de l'administration à l'insu de cette dernière. Or, le quasi-contrat de gestion des affaires ne concorde avec aucune des exceptions de l'interdiction des immixtions privées dans les affaires publiques (collaborateur occasionnel du service public, fonctionnaire de fait). D'où le refus, par le juge, de transposer ce quasi-contrat en droit administratif, malgré « *les conceptions favorables à l'admission de la gestion d'affaire en droit administratif* ». L'auteure souligne à cet égard que la jurisprudence généralement mobilisée par la doctrine (pour plaider en faveur de cette transposition ou même pour soutenir que cette transposition a eu lieu) fait l'objet d'une interprétation erronée, le juge n'appliquant jamais la théorie du quasi-contrat de gestion d'affaires et les cas de figure ne correspondant pas à ce quasi-contrat. Le juge administratif a même refusé expressément et à plusieurs reprises l'application des articles du Code civil relatifs à ce quasi-contrat. Les très rares exceptions doivent être relativisées, car elles

sont antérieures à une réaffirmation récente de l'exclusion du quasi-contrat de gestion d'affaires en droit administratif¹.

L'auteure souligne ensuite que la transposition du quasi-contrat de gestion des affaires en droit administratif est en outre inutile. Il s'avère en effet que « *certaines outils juridiques extérieurs à la catégorie des quasi-contrats permettent de régler les conséquences de l'immixtion des personnes privées dans les affaires publiques et rendent le recours à la gestion d'affaires superflu* ». Il en est ainsi de la théorie du collaborateur occasionnel du service public, de celle du fonctionnaire de fait, de l'enrichissement sans cause, ou encore de la gestion de fait (qui s'applique spécifiquement à un comptable de fait qui n'aurait pas la qualité de comptable public et qui est propre au droit public).

L'auteure conclut au bien-fondé du refus de transposition en droit administratif du quasi-contrat de gestion des affaires, que ce soit au regard de son utilité ou de sa compatibilité avec les règles fondamentales du droit public.

➡ **H. HOEPFFNER, L. JANICOT, « L'enrichissement sans cause », *AJDA* 2021, n° 6, p. 333**

L'article figure dans un dossier sur les quasi-contrats en droit administratif. Il porte précisément sur l'application de la théorie civiliste de l'enrichissement en droit administratif. Les auteures en retiennent une définition classique, selon laquelle « il y a enrichissement sans cause lorsque le patrimoine d'une personne s'enrichit par suite de l'appauvrissement du patrimoine d'une autre personne et cela sans cause légitime ».

L'article intéresse particulièrement le droit des contrats publics dans la mesure où la plupart des exemples jurisprudentiels cités par les auteures concernent des contrats administratifs. Par ailleurs, qu'ainsi qu'elles le soulignent, l'application de cette théorie en droit administratif trouve son origine dans la loi du 28 Pluviôse An VIII et plus généralement dans le domaine des travaux publics (le Conseil d'État ayant déconnecté la théorie de l'enrichissement dans cause de toute base légale en l'érigeant en principe général du droit), même si l'application de cette théorie ne se cantonne pas au domaine des contrats publics.

L'article vise, en premier lieu, à identifier les critères permettant de qualifier une situation constitutive d'un enrichissement sans cause, avant, en second lieu, d'identifier les conditions de mise en œuvre de l'action *de in rem verso* visant à rétablir l'équilibre des patrimoines.

¹ CE, 24 juin 2019, *Département d'Indre-et-Loire*, n° 409659.

Dans la première partie, les auteures soulignent ainsi la similitude des conditions constitutives de la situation d'enrichissement sans cause avec celles retenues dans la jurisprudence civile (les conditions patrimoniales – l'enrichissement du débiteur corrélatif à l'appauvrissement du créancier ainsi que les conditions juridiques – l'absence de cause de l'enrichissement), en mettant néanmoins en exergue les spécificités « administrativistes » de la mise en œuvre de la théorie. Ainsi, lorsqu'il bénéficie à une personne publique, l'enrichissement du patrimoine de celle-ci « se définit par rapport à son utilité au regard de l'intérêt général ». La démonstration du caractère « utile » à la satisfaction de l'intérêt des dépenses engagées par l'appauvri (le cocontractant de l'Administration) est ainsi l'enjeu majeur lors de renégociation entre les parties ou de contentieux. Les auteures soulignent, sur ce point la différence d'appréciation du juge administratif selon que le contrat est une concession ou un marché. Dans le premier cas, les frais financiers liés à l'exécution sont considérés comme des dépenses « utiles », mais pas dans le second.

Consécutivement, et de façon symétrique, s'agissant de l'appauvrissement du créancier, le juge administratif n'indemnise la perte subie que dans la limite des dépenses utiles, mais en excluant les bénéfiques², ce qui le différencie là encore du juge judiciaire qui indemnise non seulement de la perte subie mais aussi du gain manqué.

L'hypothèse la plus fréquente d'absence de cause objective ou de titre juridique (loi, décision administrative, contrat) justifiant l'enrichissement du patrimoine d'une personne publique semble être celle de la disparition de celle-ci, du fait de l'annulation ou désormais également de la résiliation (pour laquelle l'action *de in rem verso* est désormais acceptée (pour la période postérieure à la résiliation, s'agissant des dépenses qui ont été utiles à la personne publique³) d'un contrat. S'agissant des conditions de l'appauvrissement, la jurisprudence du Conseil d'État a été oscillante, entre prise en compte de la faute de l'appauvri pour limiter ou faire obstacle à son indemnisation⁴, en particulier dans le cas où le consentement de la personne publique à signer le contrat a été obtenu par dol⁵, et conception purement objective de l'appauvrissement, lequel peut alors donner lieu à indemnisation indépendamment du comportement de l'appauvri⁶.

Enfin, une spécificité remarquable de la jurisprudence administrative en matière d'enrichissement sans cause tient à l'exigence de l'« assentiment » de la personne publique à la dépense engagée par

² CE, sect., 2 déc. 1966, n° 65240, *Société « France-Reconstruction-Plan »*.

³ CE 10 juill. 2020, n° 430864, *Société « Comptoir négoce équipements »*.

⁴ CE, sect. 14 avril 1961, *Ministre de la reconstruction et du logement c/ Société « Sud-Aviation »*, Lebon 236.

⁵ CE, sect., 10 avr. 2008, n° 244950, *Société « Decaux » c/ Département des Alpes-Maritimes*.

⁶ CE 19 avr. 1974, n° 82518, *Société « Entreprise Louis Segrette »* et plus récemment CE 27 mars 2020, n° 420491, *Société Signalisation France*.

son créancier. Celle-ci repose sur une logique générale de préservation des derniers publics, que l'Administration de doit pas engager à son insu. Cet « assentiment » n'a pas à être formalisé, mais l'opposition explicite de l'Administration à la dépense suffit à démontrer l'absence de toute obligation envers le créancier.

Dans la seconde partie de l'article, les auteures étudient les conditions de l'action *de in rem verso*, et en particulier son rapport avec le régime de responsabilité. C'est, en premier lieu, la combinaison de l'action *de in rem verso* et d'une action en responsabilité qui est envisagée. L'action de *in rem verso* devant le juge administratif ne permettant pas l'indemnisation de l'intégralité des pertes (limitées aux dépenses utiles à l'intérêt général, et excluant le gain manqué), une action en responsabilité quasi-délictuelle peut permettre, en cas de faute de la personne publique, de la compléter. Cette possibilité est remarquable, car elle constitue une exception au principe selon lequel l'action *de in rem verso* n'est que subsidiaire et qu'elle n'est normalement ouverte que si l'appauvri ne peut emprunter aucune autre voie de droit. La double indemnisation à laquelle peut prétendre le cocontractant ne peut néanmoins pas être supérieure au gain permis par une exécution du contrat conforme aux prévisions initiales.

L'admission, par le juge administratif, de la possibilité de cumul des deux indemnités vise sans doute, selon les auteures, à rassurer les opérateurs économiques, qui pourraient craindre, en cas d'annulation du contrat, de ne pas être indemnisés à hauteur de leurs prévisions. On pourrait néanmoins objecter à cette logique l'argument selon lequel en cas d'annulation du contrat, le gain manqué peut être compensé, de fait, par le redéploiement de l'activité de l'opérateur sur d'autres contrats dont la signature a été rendue possible du fait l'allègement de calendrier consécutif à l'annulation. Le juge pouvant ainsi s'en tenir à l'indemnisation de la perte subie.

Les auteures concluent leur étude en rappelant les différences fondamentales de nature ainsi que de régime entre la théorie de l'enrichissement sans cause et la notion de responsabilité administrative. La première vise à permettre le remboursement d'une somme indument perçue et à rétablir le *statu quo ante* patrimonial par une restitution, alors que la seconde vise à réparer un préjudice, qui n'existe pas, pas plus qu'un quelconque fait dommageable, dans l'hypothèse d'un enrichissement sans cause. Elles infirment ainsi la position jurisprudentielle traditionnelle selon laquelle la théorie de l'enrichissement sans cause se rattacherait à la responsabilité extracontractuelle sans faute.

➔ **L. RICHER, « Retour sur la cession des contrats de commande publique », *AJDA* 2021, n° 21, p. 1183**

L'article porte sur la question de savoir si le changement d'actionnaire de l'opérateur économique titulaire d'un contrat de commande publique doit être assimilé à une cession de contrats. Pour se faire, l'auteur se demande si les articles 72-1-d-ii de la directive 2014/24 et 89-1-d-ii de la directive 2014/23 et leur transposition en droit français (art. R. 2194-6 et R. 3135-6 du Code de la commande publique) doivent être interprétées à la lumière de l'arrêt *Pressetext*. La Cour de justice y assimile, suivant ce que Laurent Richer qualifie de « *conception économiquement « réaliste »* », le changement d'actionnaires de l'opérateur économique. Les directives, pour leur part, se cantonnent à prévoir, parmi les modifications susceptibles de donner lieu à une nouvelle procédure de passation, le remplacement du cocontractant initial par un nouvel opérateur et l'hypothèse d'une restructuration. Ceci, dans un souci de sécurité juridique tenant compte du caractère ordinaire et même fréquent des modifications de la composition du capital des sociétés commerciales, spécialement lorsque celles-ci sont cotées en bourse (la Cour n'ayant pas précisé, dans *Pressetext*, si un volume minimum de changement de l'actionnariat était nécessaire pour pouvoir considérer qu'il y avait changement de titulaire).

L'auteur est ainsi conduit à s'interroger sur le fait de savoir si la notion de « restructuration » des opérateurs économiques recouvre l'hypothèse de la simple modification de capital. L'analyse du texte de l'article 72-1-d-ii de la directive 2014/24 semble indiquer que le but du législateur était d'assimiler restructuration à changement du titulaire, puisque les exemples de cas de restructuration visés, bien qu'introduits par un « notamment », ne sont que des hypothèses qui induisent la disparition de la personne morale initiale et son remplacement par une nouvelle personne morale : le rachat, la fusion, l'acquisition ou l'insolvabilité.

Enfin, l'auteur insiste sur la nécessité de définir, en droit français, la notion de restructuration, puisque le Code de la commande publique n'a pas repris les exemples d'opérations de restructuration mentionnées dans les directives.

➔ **V. LAUGIER, « Le contrat administratif rétroactif », *AJDA* 2021, n° 24, p. 1366**

Sans qu'il ne soit clairement problématisé, l'article vise, en partant du contraste entre l'illégalité de principe de la rétroactivité des actes administratifs unilatéraux (CE, 25 juin 1948, n° 94511, Société du journal L'Aurore) et la légalité de principe de la rétroactivité des contrats administratifs (CE, sect., 19 nov. 1999, n° 176261, Fédération syndicale Force ouvrière des travailleurs des postes et

télécommunications), à présenter les conditions de cette légalité ainsi que les fonctions de la rétroactivité dans les contrats administratifs.

La première des conditions de la légalité de la rétroactivité des contrats administratifs est que les tiers en soient immunisés. C'est la même logique de protection de la sécurité juridique que celle qui vaut au sujet de la rétroactivité des actes unilatéraux. Dans les deux cas, l'édition et le contenu de l'acte ont été étrangers à la volonté des administrés, et le problème de l'atteinte à la sécurité juridique du fait de la rétroactivité se pose donc dans les mêmes termes, puisqu'elle est subie dans ces deux hypothèses. La rétroactivité est donc exclue, en particulier, s'agissant des clauses réglementaires des contrats de concession, ou des contrats à effet réglementaire.

L'auteur ajoute que dans les rapports *inter partes*, la rétroactivité (la résolution du contrat, ou l'introduction de clauses rétroactives) doit être consentie et ne peut donc être imposée par l'Administration.

Le second écueil peut faire obstacle à un éventuel effet rétroactif des contrats administratifs réside dans le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence. Il faut pas que des opérations réalisées hors de toute procédure de mise en concurrence alors qu'elles entrent dans le champ du Code de la commande publique soient régularisées par un contrat ou des clauses à effet rétroactif.

S'agissant des fonctions de la rétroactivité dans les contrats administratifs, l'auteur en identifie trois. En premier lieu, la « *la rétroactivité constructive* », qui « *participe à la création du contenu du contrat en retraçant au présent des effets produits dans le passé* ». Il s'agit de permettre aux parties de rattacher au contrat des prestations exécutées avant la date d'effet de celui-ci. En deuxième lieu, « *la rétroactivité modificative* », qui « *affecte exclusivement la période intermédiaire écoulée depuis l'entrée en vigueur d'un contrat* ». C'est l'hypothèse dans laquelle les parties décident de faire produire à avenant modificatif un effet dans le passé. L'auteur en fournit quelques exemples, comme l'augmentation rétroactive de la rémunération d'un agent contractuel. En troisième lieu, la « *rétroactivité destructive* », qui consiste à retirer l'un des éléments du contrat, et qui se manifeste généralement par l'application de clauses résolutoires.

Pour l'auteur, l'une des principales finalités de la rétroactivité des contrats administratifs est la régularisation du contrat administratif illégal, à laquelle il consacre la dernière série de développements de l'article. Puisque le contrat administratif illégal encourt l'annulation, avec les effets rétroactifs qui s'y attachent, il est en pratique nécessaire, s'il y a régularisation, que celle-ci soit elle aussi rétroactive, afin de couvrir l'entière période où le contrat a été en vigueur.

➡ **S. DARRIGO, « Commande publique, droit à l'égalité et à la non-discrimination », *AJDA* 2021, n° 40, p. 2320**

L'article vise à étudier l'application du principe d'égalité (à distinguer du principe fondamental de la commande publique d'égalité de traitement des candidats), en tant que droit fondamental applicable aux personnes physiques tierces aux contrats de commande publique. Il vise à démontrer que les contrats de commande publique peuvent être le véhicule de garanties du principe d'égalité.

Afin de réaliser cette démonstration, l'auteur propose deux séries de développements sur les outils juridiques de la protection du droit à l'égalité et à la non-discrimination, et sur les limites de cette protection. Sur le premier point, l'article mentionne d'abord ce qu'elle qualifie de marchés ayant un objet « social ». L'exemple des marchés « réservés » (art. L. 2113-12 s. CCP) permettant de réserver certains marchés aux entreprises qui emploient plus de 50 % de travailleurs handicapés ou défavorisés est évoqué. On peut néanmoins se demander si dans ce cas, ce ne sont pas davantage les conditions d'accès au marché qui ont une vocation sociale, et qui sont considérées comme un outil de protection de garantie de l'égalité que le marché lui-même, tel que défini par son objet (fournitures, travaux ou services). Le Code de la commande publique ne mentionne pas, en tout état de cause un objet spécifique pour les marchés « réservés ». L'article mentionne ensuite la stipulation de clauses visant à mettre en œuvre des dispositifs légaux de protection du principe d'égalité : les clauses tarifaires des concessions de service public, les clauses sociales des marchés publics ou concessions qui visent notamment à l'insertion professionnelle ou à l'égalité salariale hommes-femmes. L'auteur qualifie ce type de clause de stipulations pour autrui au sens du Code civil, puisqu'elles sont conclues en faveur de tiers au contrat et considère que les tiers bénéficiaires de ces clauses, comme les acheteurs stipulants peuvent se prévaloir de ces clauses contre l'opérateur économique promettant. Par ailleurs, les procédures de passation permettent, au stade de la sélection des opérateurs, d'exclure ceux d'entre eux qui auraient violé la législation sur la non-discrimination. En particulier, l'article L. 2141-4 CCP qui prévoit l'exclusion des opérateurs économiques condamnés, pour discrimination sur le fondement du code pénal ou violant les dispositions du Code du travail relatifs à l'égalité hommes-femmes).

Sur le second point, celui des limites aux garanties du principe d'égalité offertes aux tiers par les clauses des contrats de commande publique, l'auteur distingue deux écueils. Le premier est l'exigence que ces clauses soient liées à l'objet du contrat, et à l'intérêt que présente celui-ci pour la personne publique. L'article relève néanmoins un assouplissement jurisprudentiel concernant les critères sociaux de sélection des offres. Ceux-ci ne doivent nécessairement et strictement

« correspondre au besoin exprimé ». Le second est la nécessaire conciliation du principe d'égalité que les clauses sociales visent à garantir au profit des tiers au contrat avec d'autres principes fondamentaux, et en particulier ceux de la commande publique (une violation du principe d'égalité de traitement des candidats, par exemple), et du droit de l'Union européenne. C'est notamment le cas lorsque l'obligation faite à l'opérateur de faire respecter les normes sociales en vigueur dans l'État membre de l'organisme adjudicateur par son sous-traitant situé dans un autre État-membre est qualifiée de restriction de la libre prestation de services (CJUE 18 sept. 2014, aff. C-549/13, Bundesdruckerei GmbH c/ Stadt Dortmund).

➡ **M. KALOGEROPOULOS, « Commande publique et droit de propriété des opérateurs privés », *AJDA* 2021, n° 40, p. 2326**

L'article vise à étudier la protection de la propriété des opérateurs privés titulaires d'un contrat de commande publique. Cette protection est envisagée, d'une part, au sujet du droit de créance dont dispose l'opérateur sur la personne publique contractante, d'autre part, relativement aux biens acquis avant la conclusion du contrat et qui sont mis à profit pour l'exécution de celui-ci.

Sur le premier point, l'auteur rappelle la position classique de la Cour européenne des droits de l'Homme depuis l'affaire des « Raffineries grecques » (9 déc. 1994, n° 13427/97, Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce), à savoir que la créance contractuelle est un bien au sens de l'article premier du premier protocole additionnel à la CEDH, dont on ne saurait, sans indemnités, exproprier le titulaire d'un contrat public à l'occasion d'une résiliation ou une modification unilatérale du contrat, sauf à ce qu'il s'agisse d'une résiliation sanction. Le Conseil d'État a pour sa part admis, sur le fondement de la liberté contractuelle, que le titulaire du contrat pouvait consentir à renoncer à une partie des indemnités dues en cas de résiliation ou de modification unilatérale (CE 4 mai 2011, n° 334280, Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan). L'auteur souligne le risque de rupture de l'équilibre financier du contrat en cas de réduction trop importante des indemnités dues en cas de résiliation ou de modification unilatérale par la personne publique.

L'application immédiate et justifiée par des considérations d'ordre public (par exemple la transparence et liberté d'accès des candidats aux contrats de concessions) des dispositions des lois nouvelles applicables aux contrats en cours et ayant pour effet d'entraîner leur caducité (CE, ass., 8 avr. 2009, n° 271737, Compagnie générale des eaux, Commune d'Olivet) sont également envisagées en tant qu'atteinte à la propriété du cocontractant. Dans ce second cas de figure, si

l'atteinte à la créance est proportionnée au but d'ordre public, il n'y a pas de violation de l'article premier du premier protocole additionnel à la CEDH.

Sur le second point, les biens acquis par les personnes privées avant la signature du contrat et mis en œuvre pour l'exécution de celui-ci sont parfois qualifiés, de façon sans doute très extensive, de biens de retour (CE, sect., 29 juin 2018, n° 402251, Ministre de l'intérieur). Ils quittent alors le patrimoine de l'opérateur économique pour enrichir celui de la personne publique à l'issue du contrat. L'objet de cette qualification est de préserver la continuité du service public, dès lors que les biens sont l'un des supports de cette activité. Aucun système d'indemnisation de l'opérateur, dans ce cas de figure, n'a véritablement été mis en place jusqu'alors. L'arrêt précité de 2018 prévoit simplement, pour fixer l'indemnité, de prendre en compte « *le coût que représenterait l'acquisition ou la réalisation de biens de même nature, [...] la durée pendant laquelle les biens apportés peuvent être encore utilisés pour les besoins du service public et [le] montant des amortissements déjà réalisés, à condition qu'il n'en résulte aucune libéralité de la part de la personne publique* ».

➡ **I. HASQUENOPH, « Commande publique et protection des données personnelles », *AJDA* 2021, n° 40, p. 2339**

L'article porte sur la question de savoir si, à la suite notamment de l'adoption du RGPD et de la loi informatique et libertés, la protection des données personnelles peut être assurée de façon satisfaisante dans le cadre de la commande publique. Afin d'y répondre, il aborde en premier lieu la confrontation du droit de la commande publique à celui de la protection des données, puis en second lieu, les adaptations qu'appelle ce phénomène.

S'agissant de l'imbrication du droit des données personnelles et de la commande publique, elle résulte, d'une part, de ce que les opérateurs économiques ont, dans le cadre d'un marché ou d'une concession, accès à un certain nombre de données personnelles des usagers, soit que ces données soient utiles à l'exécution du contrat (liste des élèves ayant des allergies alimentaires dans la restauration scolaire concédée) soit que leur gestion soit l'objet même du contrat (smart cities). Elle tient, d'autre part, à ce que les organismes adjudicateurs ont accès aux données concernant les opérateurs économiques candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique.

La personne publique contractante est le gestionnaire des données au sens du RGPD, ce qui met à sa charge une série d'obligations relatives à la protection des données (respect des principes de finalité, de licéité, loyauté et transparence du traitement des données, de minimisation et d'exactitude des données, d'intégrité et de sécurité des données, ainsi que ont été renforcés par

l'adoption du RGPD : information et accès aux données personnelles, droit de rectification, droit à l'oubli, à la limitation du traitement, à la portabilité des données, droit d'opposition). Quant à l'opérateur économique titulaire du contrat, il est le « sous-traitant » de la gestion des données au sens du RGPD, ce qui, pour l'essentiel, met à sa charge des obligations identiques à celles qui incombent au gestionnaire des données.

S'agissant des adaptations du droit de la commande publique induites par l'imbrication avec le droit de la gestion des données personnelles, la première résulte de l'intégration du second au premier. Ainsi, certaines règles de droit de la commande publique peuvent être utilisées comme véhicule de la protection des données. L'auteure cite notamment comme exemple l'exclusion des opérateurs ayant, dans une relation contractuelle précédente, violé leurs obligations relatives à la protection des données personnelles (CCP, art. L. 2141-7), ainsi que le recours aux critères de sélection des candidatures et des offres, parmi lesquels peut figurer celui d'une expérience et de capacités techniques suffisantes en matière de traitement et sécurisation de données personnelles. Par ailleurs, l'auteure défend l'idée selon laquelle les fichiers et bases de données dont disposent les concessionnaires pendant la durée du contrat sont des biens de retour qui ont vocation à réintégrer le patrimoine de l'autorité concédante au terme du contrat, alors que pour les marchés, le sort des fichiers et bases de données devra être déterminé par le contrat lui-même (CCAG, art. 5.2.3). Dans la mise en balance du principe de transparence des procédures et de celui de la protection des données personnelles des opérateurs économiques, le Code de la commande publique met bien à la charge de l'autorité contractante une obligation de confidentialité (CCP, art. L. 2132-1, L. 2332-1 et L. 3122-3), mais seulement pour protéger le secret des affaires et non la vie privée.

Enfin, l'auteure relève que le droit de la protection des données personnelles enrichit le droit de la commande publique, et ce à quatre niveaux. Au stade de la passation des contrats, en anticipant le traitement sécurisé des données personnelles dans le cadre de l'exécution. Au stade de l'exécution, puisque les manquements aux obligations édictées par le RGPD et les clauses qui le mettent en œuvre sont une source de sanctions contractuelles. La responsabilité des parties est également accrue, en raison du volet pénal des violations du RGPD et de son volet civil, lequel permet notamment d'accueillir des actions de groupes. En dernier lieu, l'auteure relève que le rôle des parties aux contrats de commande publique évolue sous l'influence du droit de la protection des données. En particulier, l'autorité contractante est conduite par le respect du RGPD à intégrer des mécanismes de « compliance » afin de garantir le respect de la protection des données (adoption de chartes de bonne conduite, tenue d'un registre des traitements...).

► **Revue française de droit administratif (Dalloz)**

➡ **D. POUYAUD, « La résiliation pour irrégularité du contrat administratif », *RFDA* 2021, n° 2, p. 275**

L'article porte sur le développement d'une nouvelle fonction de la résiliation des contrats administratifs. Elle est désormais l'une des sanctions de leur irrégularité, et ce qu'elle soit prononcée par le juge, ou de façon sans doute plus discutable, unilatéralement, par l'administration contractante. Cette évolution est remarquable pour plusieurs raisons, et en premier lieu parce que la sanction traditionnelle d'un vice du contrat est sa disparition rétroactive, soit consécutive à une résolution, soit depuis l'arrêt société *Tropic*, à une annulation.

L'auteure revient sur l'évolution historique de la résiliation juridictionnelle et administrative. Après quelques prémices jurisprudentielles, le Conseil d'État a solennellement reconnu la possibilité, pour l'Administration, de 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* » (CE, 10 juill. 2020, n° 430864, Société Comptoir Négoce équipements), en considérant qu'il s'agissait là d'un motif de résiliation dans l'intérêt général. Selon l'auteure, cette possibilité de résiliation unilatérale a le mérite de permettre à l'administration d'éviter un recours contentieux, lequel pourrait être intenté par son cocontractant ou prendre la forme d'un déferé préfectoral.

Face à cette possibilité offerte à l'Administration, l'objectif de stabilité des relations contractuelles conduit à développer des possibilités de régularisation du vice affectant le contrat (y compris les vices affectant le contenu du contrat, dès lors que l'objet n'est pas illicite), sauf à ce que le vice soit d'une gravité telle qu'il entraîne l'annulation. Entre les deux extrêmes que sont la régularisation et l'annulation, l'auteur présente la résiliation pour illicéité comme une solution intermédiaire pour sanctionner notamment, les vices consistant en des manquements aux règles de passation des contrats de commande publique, sauf impossibilité de résilier liée à un motif d'intérêt général. Elle précise qu'il existe par ailleurs certains rapprochements entre la résiliation et l'annulation. D'abord, les textes (articles L. 551-18 et L. 551-20 du code de justice administrative, relatif au référé contractuel) et la jurisprudence tendent à assimiler résiliation et annulation en offrant la possibilité au juge de choisir la sanction idoine, même, si les conséquences sont en principes différenciées, notamment s'agissant de la rétroactivité de la décision, ou encore le plan indemnitaire (fondement extracontractuel pour l'indemnisation des suites de l'annulation du fait de son caractère rétroactif, et fondement contractuel pour l'indemnisation accompagnant la résiliation).

L'auteure conclut par le constat de rapprochement de l'annulation et de la résiliation pour illicéité, les deux types de décision ayant pour fonction de corriger une violation de la légalité.

➡ **I. MICHALIS, « La rationalisation du régime de la résiliation unilatérale du contrat administratif par l'Administration », *RFDA* 2021, n° 2, p. 290**

Face au constat de la multiplication des motifs de résiliation unilatérale des contrats administratifs, l'auteur propose de démontrer que le régime de résiliation unilatérale peut être rationalisé, d'une part, grâce à l'harmonisation de la mise en œuvre de la résiliation, et d'autre part, grâce au réaménagement des régimes de responsabilité. L'auteur rappelle que le régime de la résiliation des contrats administratifs trouve historiquement son origine dans les contrats de concessions (ce qui est en réalité le cas pour la grande majorité des « règles générales applicables aux contrats administratifs », après avoir été cantonné à la seule hypothèse de la concession. Désormais, le Code de la commande publique prévoit, notamment sous l'influence des directives de 2014, des dispositions similaires en matière de résiliation unilatérale des marchés et des concessions. Par ailleurs, l'auteur relève que la résiliation unilatérale s'applique désormais à des contrats pour lesquels la jurisprudence excluait classiquement cette possibilité, à savoir les contrats entre personnes publiques (CE, 27 févr. 2015, n° 357028, Commune de Béziers) et les baux emphytéotiques administratifs (CE, 1er oct. 2013, n° 349099, Société Espace Habitat Construction).

L'auteur dresse ensuite la liste des motifs de résiliation unilatérale anciens et nouveaux (intérêt général, faute du cocontractant, force majeure, manquements graves au droit de l'Union européenne, irrégularité grave du contrat), et en conclut qu'il n'existe aujourd'hui plus aucun cas de résiliation qui serait réservé au seul juge administratif, et évoque le renouvellement de l'office du juge du contrat en matière de résiliation, depuis l'arrêt « Béziers II ».

La dernière partie de l'article est consacrée au réaménagement du régime de responsabilité. Il considère sur ce point que l'indemnisation pour résiliation unilatérale dans l'intérêt général, ou face à un événement de force majeure procède d'une logique de responsabilité contractuelle sans faute, dans la mesure où l'indemnisation du risque est socialisée. Par ailleurs, il soutient que la distinction entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle n'est pas pertinente en cas de résiliation unilatérale illégalement décidée.

► Revue du droit de l'immobilier (Dalloz)

➡ H. HOEPFFNER, « le nouveau CCAG travaux, point d'orgue de la réforme du droit de la commande publique », *RDI* 2021, n° 7-8, p. 392

Au-delà des adaptations techniques qu'il vise à assurer (coordination entre les CCAG et le Code de la commande publique, avec le RGPD, ainsi qu'avec les règles adoptées pendant la crise sanitaire, principalement aux fins d'adaptation du contrat aux circonstances imprévisibles, ainsi que l'avait suggéré la Chaire des contrats publics dans son rapport de 2021), le CCAG travaux de 2021 présente des innovations politiques soulignées par H. Hoepffner. Il s'agit de favoriser l'accès des PME aux marchés de travaux en améliorant les conditions d'exécution financières à leur profit et de favoriser le développement durable (ces objectifs « secondaires » ou « horizontaux » de la commande publique sont désormais classiques dans l'Union européenne). Les améliorations de l'exécution financière devant particulièrement bénéficier aux PME tiennent par exemple à l'exigence de la juste rémunération des ordres de service prévoyant des travaux ou prestations supplémentaires (art. 13.4 et 13.6 CCAG travaux), en réduisant la portée des pénalités de retard (établissement d'un plancher de pénalités au-dessous duquel le titulaire est exonéré – art. 19.2.1 et 19.2.2 du CCAG travaux, introduction d'un débat contradictoire en de retard constaté – 19.2.4 du CCAG travaux), ou encore en prévoyant des avances sur travaux au bénéfice des PME (art. 10.1 CCAG travaux).

S'agissant de la promotion du développement durable par la commande publique, le CCAG travaux prévoit, sur le plan social, une clause visant à favoriser le retour à l'emploi de publics fragiles (art. 20.1), et sur le plan environnemental, le clausier introduit en « une clause environnementale générale » (CCAG travaux, art. 20.2), laquelle stipule que « les documents particuliers du marché précisent les obligations environnementales du titulaire dans l'exécution du marché », et que « ces obligations doivent être vérifiables, selon des méthodes objectives, et faire l'objet d'un contrôle effectif ».

► Contrats et marchés publics (LexisNexis)

➡ G. ECKERT, « Les nouveaux CCAG : perspectives générales », *CMP* 2021, n° 5, dossier 2

L'auteur analyse la portée des six nouveaux CCAG publiés le 1^{er} avril 2021, estimant qu'ils constituent un apport positif à deux égards. Il estime que les nouveaux CCAG « comportent de

nombreuses améliorations techniques », et qu'ils confirment des « *ambitions politiques* » (tenant à l'équilibre des relations contractuelles, au soutien des PME, et à la promotion du développement durable).

L'auteur rappelle tout d'abord le contexte d'élaboration et d'adoption des nouveaux CCAG, marqué à la fois par l'épidémie de Covid-19 et l'édition d'objectifs clairs (les CCAG servant dans ce cadre une politique publique).

L'auteur souligne ensuite la continuité – plutôt que la rupture – entre les nouveaux CCAG et les réformes précédentes, en particulier « *les nouvelles orientations de la commande publique* » que sont les « *politiques publiques économiques, sociales et environnementales* ». Les nouveaux CCAG se caractérisent ainsi tout d'abord par des « *améliorations techniques* », c'est-à-dire des développements significatifs du contenu (exemple : clauses de propriété intellectuelle sauf dans le CCAG relatif aux marchés de maîtrise d'œuvre) et une adaptation aux différents contextes (exemple : nouvelles règles concernant les conséquences et les limites de la suspension décidée par l'acheteur public). Les nouveaux CCAG se caractérisent ensuite par des « *ambitions politiques* », en particulier par la modification de certaines règles portant sur l'exécution financière des marchés publics (dans un double objectif de soutien des PME et d'équilibre des relations contractuelles), ainsi que par la création d'une clause environnementale accompagnée de la précision des modalités de mise en œuvre des aspects sociaux et environnementaux (dans le cadre de la promotion du développement durable).

➡ **P. TERNEYRE et T. LALOUM, « Droit des contrats administratifs : renversons quelques tables pour la reprise économique ! », *CMP* 2021, n° 7, étude 5**

Dans cet article, les auteurs plaident en faveur d'une adaptation du droit des contrats administratifs à l'objectif de développement économique.

Ils exposent, en premier lieu, les points de crispation des opérateurs économiques qui le perçoivent comme un frein. Sur le droit applicable au contrat, ils déplorent que les contrats de concession soient devenus de véritables « *contrats d'adhésion* » par lesquels les personnes publiques imposent aux concessionnaires des transferts massifs et mal calibrés de risques. Les auteurs appellent, par ailleurs, à l'abrogation de plusieurs réglementations : celle relative à la maîtrise d'ouvrage issue de la loi du 12 juillet 1985 - jugée « *désuète, inadaptée* » -, ainsi que les dispositions relatives au délit de favoritisme qui tétanisent les politiques comme les personnels administratifs voire empêchent les initiatives en matière de résolution amiable des différends. Quatre constats peuvent ensuite être dressés concernant l'exécution des contrats. D'abord, l'intervention massive des personnes publiques dans l'exécution des contrats sans aucune cohérence entre les différents services conduit le

concessionnaire à assumer des décisions qui lui sont imposées. Ensuite, le durcissement des conditions d'indemnisation du cocontractant pour cause de modification unilatérale du contrat par la personne publique n'apparaît pas favorable au développement économique. Enfin, les personnes publiques ne sont pas tenues par le principe de loyauté de sorte que le cocontractant est dépourvu de tout moyen pour contraindre l'administration à exécuter ses obligations de bonne foi, de même qu'il ne dispose d'aucun recours pour contester les mesures d'exécution du contrat adoptées par l'administration, à l'exception de la résiliation. Ce faisant, les auteurs préconisent, en second lieu, plusieurs mesures : l'extension du recours *Béziers II* aux mesures d'exécution irrégulières prises par l'administration, l'instauration d'une obligation de moyen à la charge des personnes publiques en matière d'obtention des autorisations ainsi que d'une obligation d'exécuter leurs obligations contractuelles de bonne foi laquelle serait fondée sur un principe de loyauté (préconisation d'un « *référé loyauté/suspension* »). Ils suggèrent également la restauration du principe de la réparation intégrale des préjudices subis en cas de modification unilatérale du contrat, la clarification du régime de l'invalidité des contrats (généralisation à l'ensemble des contrats publics des dispositions des articles L. 2235-3 et L. 3136-9 du CCP) et, pour terminer, le renforcement de l'effectivité des clauses de règlement amiable des litiges ainsi que la promotion du recours à la médiation et à l'arbitrage.

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

➡ J. MARTIN, « Les risques dans les marchés publics. Diagnostic et taxonomie », *JCP Adm.* 2021, n° 40, 2285

L'article porte sur les risques dans les marchés publics en s'appuyant sur une enquête réalisée auprès de dirigeants territoriaux (154 questionnaires enregistrés), à l'initiative du Syndicat national des directeurs généraux des collectivités territoriales. Sur le fondement de cette enquête, J. Martin y propose de classer les risques en deux catégories, selon qu'ils sont liés à la « stratégie achat » ou aux « processus du cycle de l'achat », lorsque dans ce dernier cas, ils sont d'une « forte criticité ».

La première de ces deux catégories, concerne les arbitrages entre les différentes exigences liées au montage d'un marché (budget, l'insertion sociale, et le développement durable – ont bien été réalisés et ensuite mis en œuvre par les différents services concernés. L'auteur souligne le rôle crucial du directeur général dans la bonne application de la politique d'achat. L'auteur rappelle, à cet égard, que l'achat public relève des sciences de gestion et de l'organisation, avec une dimension politique supplémentaire.

La seconde catégorie recouvre ce que J. Martin appelle « les risques à forte criticité liés aux processus du cycle de l'achat » (organisation de l'achat, définition du besoin, passation, exécution). Leur caractère critique tiendrait tout à la fois « de la probabilité de leur survenance et de la gravité de leurs conséquences ». Les risques à forte criticité portant sur la définition du besoin sont au nombre de trois : « la définition du besoin destinée à avantager un soumissionnaire », « l'achat en situation d'urgence exposant la collectivité à s'affranchir des règles de passation », et « le recours systématique aux mêmes fournisseurs ». Les risques portant sur la passation concernent « le choix d'une procédure non pertinente ou trop complexe », « l'absence ou l'insuffisance de la prise en compte des considérations sociales et environnementales », la « méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence exposant la collectivité en cas de contentieux », les atteintes à la probité dans le cycle de l'achat ». Enfin, les risques liés à l'exécution du marché sont « la passation d'un bon de commande hors programmation, sans mise en concurrence », « le dépassement des délais de paiement, générateur d'intérêts moratoires », « la non application des pénalités contractuelles », « la non application des pénalités contractuelles sous forme de libéralités indues », « la modification substantielle du marché ».

➡ **L. RICHER, « Synthèse du colloque », *JCP Adm.* 2021, n° 46, 2348**

Cet article fait partie des actes du colloque « *La discussion dans les contrats publics* » organisé à l'Université Jean Moulin Lyon 3, le 24 septembre 2021, sous la direction scientifique des Professeurs Laurent Richer et François Lichère.

Dans un premier temps, l'auteur revient sur la notion de discussion qu'il définit comme un « *échange d'arguments* ». La discussion est essentielle à la négociation qui se distingue, cependant, par son résultat puisque cette dernière aboutit, contrairement à la première, à un « *accord sur un contenu contractuel* ». Parmi les phénomènes évoqués lors du colloque, ceux qui aboutissent à la conclusion du contrat initial ou à sa modification relèvent donc de la négociation (par exemple : articles 44 et 45 du CCAG FCS prévoyant une discussion en cas de suspension du contrat / réexamen pour circonstances nouvelles). En revanche, d'autres hypothèses se rattachent davantage à la simple discussion, laquelle a pour résultat soit une décision (par exemple : le dialogue préalable à une pénalité), soit un fait, un constat ou la validation d'une interprétation (par exemple : l'interprétation d'une clause contractuelle). Certains phénomènes ne relèvent ni de la négociation, ni de la discussion comme les échanges de questions-réponses dans les appels d'offres ou le *sourcing*. Enfin, il reste une quatrième catégorie, celle des cas « *douteux* », à l'image du dialogue compétitif. Dans un deuxième temps, l'auteur s'arrête sur les deux fonctions de la discussion. D'abord, la discussion est

indispensable pour améliorer la qualité du contrat, ce que ne manque pas de souligner la doctrine économique. Pour autant, les grands principes de la commande publique, spécialement la libre concurrence, constituent des obstacles à cette discussion. Ensuite, la discussion permet de fluidifier l'exécution du contrat en dissipant « *les incompréhensions, de régler les problèmes d'interprétation, d'éviter les conflits potentiels* ». Dans un dernier temps, l'auteur s'interroge sur la nature, coopérative, collaborative ou conflictuelle, de la discussion. À rebours des souhaits émis par plusieurs intervenants, il constate l'existence de certains déséquilibres. Du côté adjudicateur, plusieurs facteurs interviennent : la faculté d'imposer la négociation écrite, la pression temporelle, les informations délivrées à tel ou tel candidat ainsi qu'une limitation abusive du champ de la négociation. Ce rapport de force peut toutefois être « *rééquilibré* » par les moyens à disposition de l'opérateur économique lorsque celui-ci dispose du pouvoir d'expertise supérieur au pouvoir adjudicateur ou qu'il met en avant des avantages économiques extérieurs au contrat. En réalité, la confrontation de ces caractéristiques peut rendre la négociation équilibrée et collaborative, à tout le moins lorsqu'elle n'est pas conflictuelle comme dans le cas du règlement des différends. Pour conclure, il se fait le porte-parole des juristes qui appellent de leurs vœux une extension du principe de bonne foi à l'exécution contractuelle. Cette évolution présenterait l'avantage de rendre les discussions plus équilibrées.

➡ **C. VAYSSE, « Lois EGalim, AGECE, climat et résilience, chaud devant pour la commande publique ! », *JCP Adm.* 2021, n° 51-52, 2386**

Les obligations dites « *environnementales* » ont une incidence sur la commande publique que l'auteure entend mettre en lumière à travers l'exemple des marchés publics de « restauration collective » (*i.e.* restaurants collectifs dont les personnes publiques ont la charge).

Plusieurs impératifs s'imposent en vertu des lois EGalim, AGECE et Climat et Résilience, au premier rang desquels l'obligation pour les personnes publiques, à compter du 1^{er} janv. 2022, de servir au moins 50% de produits durables dont 20 % issus de la culture biologique (C. rur., art. L. 230-5-1). Selon l'auteure, il existe une indéniable « *adéquation* » entre le droit de la commande publique et l'alimentation durable. D'abord parce que les dispositifs issus des textes précités confèrent une marge de manœuvre étendue à l'acheteur dans la définition du besoin, tout en imposant à l'acheteur des obligations « *variées et variables* ». C'est ensuite le droit de la commande publique qui apparaît « *pleinement adapté* » à ces enjeux. En amont, le Code de la commande publique impose de prendre en compte des objectifs de développement durable pour la détermination du besoin de l'acheteur

(art. L. 2111-1), qui peut recourir aux « *écolabels* » (art. L. 2112-2). En cours de consultation, l'acheteur peut déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse en se fondant soit sur le coût (au sens du « *coût du cycle de vie* »), soit sur ce coût et d'autres critères (CCP, art. R. 2152-7). En aval enfin, les conditions d'exécution peuvent prendre en compte des considérations liées à l'environnement (CCP, art. L. 2112-2). Si la rencontre entre les impératifs de la restauration collective et les dispositions du Code de la commande semble heureuse, le respect du calendrier fixé par le législateur (1^{er} janv. 2022) pourrait cependant poser quelques questions. Les contrats de la commande publique dont l'échéance dépasse la date butoir pourront subir une modification en cours d'exécution (CCP, art. L. 2194-1) ou encore, faire l'objet d'une résiliation afin de permettre à l'acheteur de relancer une nouvelle consultation. Les contrats à venir devront quant à eux permettre de concilier les impératifs d'alimentation durable avec les principes du droit de la commande publique, ce qui peut présenter des difficultés (ex. l'exigence de saisonnalité des produits conduit naturellement à favoriser l'achat local). Enfin, le choix du mode de gestion n'est pas simple. L'auteure affiche une préférence pour la régie directe qui présente, selon elle, plusieurs avantages : la maîtrise de la personne publique sur la qualité du service fourni, la longue durée pour une gouvernance territoriale voire la rentabilité économique.