

REVUE DE DOCTRINE

2022

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 2022.

SOMMAIRE :

► Actualité juridique – Droit administratif (Dalloz).....	3
➡ O. GIANNONI, « Faut-il “amazonifier” la commande publique ? », <i>AJDA</i> 2022, n° 1, p. 26.....	3
➡ L. RICHER, « L'imprévision et les marchés publics », <i>AJDA</i> 2022, n° 26, p. 1497	5
➡ P.-M. MURGUES-VAROCLIER, « Bail réel solidaire et commande publique », <i>AJDA</i> 2022, n° 31, p. 1770	6
➡ H. HOEPFFNER et M. UBAUD-BERGERON, « La théorie de l'imprévision : retour vers le futur », <i>AJDA</i> 2022, n° 38, p. 2156.....	7
➡ C.-A. DUBREUIL, « La force majeure dans les contrats administratifs », <i>AJDA</i> 2022, n° 38, p. 2162	9
➡ M. AMILHAT, « La théorie des sujétions techniques imprévues, une construction jurisprudentielle dépassée », <i>AJDA</i> 2022, n° 38, p. 2169	10
➡ P. TERNEYRE, « Le fait du prince dans les contrats administratifs », <i>AJDA</i> 2022, n° 38, p. 2181	11
➡ L. SOURZAT, « La mutabilité du contrat administratif, une théorie renouvelée », <i>AJDA</i> 2022, n° 38, p. 2175	12
➡ H. HOEPFFNER, « La théorie des biens de retour en dehors des concessions de service public », <i>AJDA</i> 2022, n° 40, p. 2291.....	13

►	Revue française de droit administratif (Dalloz)	15
	➡ C. VAYSSE, « Les tribulations normatives du droit des marchés publics : suite et fin ? », <i>RFDA</i> 2022, n° 6, p. 1025	15
►	Revue du droit de l'immobilier (Dalloz)	16
	➡ L. RICHER, « Appel à projets et commande publique », <i>RDI</i> 2022, n° 12, p. 624	16
►	Contrats et marchés publics (LexisNexis)	17
	➡ L. RICHER, « L'auto-apurement en action », <i>CMP</i> 2022, n° 11, étude 9	17
►	La Semaine juridique – Administration et collectivités territoriales (LexisNexis)...	19
	➡ L. COCHET, « Les contrats privés de la commande publique : les clairs-obscurs d'un régime juridique après la réforme de la commande publique », <i>JCP Adm.</i> 2022, n° 16, 2132.....	19
	➡ L. RICHER, « L'efficacité de la commande publique : synthèse », <i>JCP Adm.</i> 2022, n° 46, 2323	20

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

➡ O. GIANNONI, « Faut-il “amazonifier” la commande publique ? », *AJDA* 2022, n° 1, p. 26

L’auteur entreprend une analyse nuancée des places de marché : bien qu’elles contreviennent au droit de la commande publique, elles présentent une utilité certaine face aux difficultés de lenteur et de complexité, en particulier dans certains secteurs.

La conception des places de marché retenue dans l’article est celle d’« *un modèle économique à part fondé sur le coût marginal nul* », c’est-à-dire d’un accroissement de l’offre sans accroissement corrélatif des investissements (exemple : Airbnb, Amazon) car l’augmentation de la capacité de production ou l’extension des magasins n’est pas nécessaire ou est très faible.

L’auteur dresse d’abord un constat : celui du « *recours marginal à la place de marché dans la commande publique* ». Il souligne le contraste entre l’expérience américaine – où l’utilisation des places de marché a été autorisée par le Sénat en 2017 et a donné lieu à une expérimentation sur trois ans à partir de 2020 (incluant par exemple Amazon Business comme place de marché) – et l’expérience française – ne reconnaissant pas officiellement le recours aux places de marché dans la commande publique. L’expérimentation triennale américaine a été précédée d’une évaluation des conséquences et éventuelles précautions à prendre concernant le recours aux places de marché pour l’achat public, l’objectif recherché étant la baisse des coûts et de la durée de l’achat public. L’auteur s’interroge sur le contrôle des risques de violation du droit de la commande publique générés par cette expérimentation, comme le risque d’abus de position dominante (les opérateurs de plateforme étant susceptibles, malgré leurs engagements, d’utiliser les données des vendeurs tiers pour favoriser la vente de leurs produits) ou les difficultés de vérification des finalités socio-économiques de chaque contrat (le nombre de contrats étant multiplié car chaque achat équivalant à un contrat). L’auteur estime qu’« [u]n contrôle sur les fournisseurs et choisis et surtout sur les montants paraît notamment indispensable afin d’éviter la pratique de séquençage abusive des achats afin de contourner le seuil de micro-achat ». De tels risques sont également susceptibles d’apparaître en France, mais sont renforcés par la nature officieuse du recours à place de marché pour les achats publics français. Les achats concernés sont non seulement en deçà des seuils européens, mais également en deçà des seuils français imposant des exigences minimales de publicité et de mise en concurrence. Or, la direction d’Amazon Business France a affirmé en 2020 compter de nombreux établissements publics parmi les détenteurs d’un compte Amazon Business France (même si cela est invérifiable). L’auteur souligne

qu'une telle pratique officieuse génère plusieurs risques, comme celui du contrôle insuffisant du montant des achats d'un seul besoin (pour déterminer si les achats dépassent ou non les seuils), des facultés de mobilisation des garanties légales ou contractuelles si les produits sont défectueux compte tenu de la localisation de certains vendeurs (exemple : vendeurs situés en Asie), ou encore du respect des règles dédiées au développement durable dans la commande publique. L'auteur fait un constat plus général concernant la France : « *les autorités publiques n'ont aucune visibilité sur les données achats recueillies par les opérateurs économiques sur les besoins des différents clients publics* ».

L'auteur souligne ensuite que le recours aux places de marchés nécessite une adaptation normative. Il s'avère en effet que l'expérience américaine est notamment contraire aux règles de computation de la commande publique, contenues notamment dans l'accord AMP de l'OMC et dans les directives européennes. Si la conformité au droit de l'OMC semble aisément envisageable (par la renégociation de l'offre de couverture des États-Unis à l'AMP, c'est-à-dire la modulation du champ d'application de l'AMP à l'égard des États-Unis pour en exclure certains marchés), l'adéquation entre les places de marchés et le droit de l'UE est plus délicate. Ceci impliquerait en effet une modification des directives européennes, sous peine de recours en manquement (devant la CJUE) ou de référés précontractuels (devant les juges français). D'autres enjeux et potentielles contradictions avec le droit de l'UE doivent également être soulignés, comme le respect des exigences liées au développement durable ou la promotion de l'accès des PME. Or, l'expérience américaine démontre « *une grande résistance d'Amazon à toutes velléités de changement de son modèle* ». À ces freins potentiels s'ajoute une spécificité française qui ne semble pas nécessairement compatible avec les places de marché : la qualification législative de contrat administratif à l'égard des marchés publics, qui emporte la compétence du juge administratif et surtout l'application des règles exorbitantes instaurant un déséquilibre au profit de l'administration. « *Or, la prééminence de l'administration dans la définition de la relation contractuelle serait sans doute remise en cause par les vendeurs tiers de la place de marché comme cela peut déjà être le cas lors de l'acquisition de licence informatique auprès de géants américains* ».

L'auteur conclut par des perspectives optimistes des places de marché, tout en soulignant deux limites. La première tient à ce que l'utilité de cet outil est limitée à certains secteurs : ceux « *où l'acheteur public dispose d'une certaine autonomie pour réaliser son choix* ». La seconde repose sur la nécessité d'« *un contrôle a posteriori des données d'achat des administrations* [l'auteur souligne] » afin d'assurer le respect des « *objectifs de performance et de politique publique* ».

 L. RICHER, « L'imprévision et les marchés publics », *AJDA* 2022, n° 26, p. 1497

L'article est publié à l'occasion de la parution de la circulaire n° 6338-SG du 27 mars 2022 relative à l'exécution des contrats de la commande publique dans le contexte actuel de hausse des prix de certaines matières premières, qui intervient dans un contexte d'inflation soudain, provoqué par la guerre en Ukraine, et qui accentue les dérèglements nés de la crise du Covid 19. Cette circulaire vise à rappeler et expliciter les conditions de mise en œuvre de la théorie de l'imprévision, comme, en son temps, la circulaire Daladier, de 1938.

L. Richer confronte les règles classiques prévalant en matière d'imprévision aux évolutions récentes du droit de la commande publique liées aux directives de 2014, en particulier s'agissant, d'une part, de la codification de l'imprévision (art. 6, 3° CCP) et de l'encadrement des modifications aux contrats de commande publique (articles L. 2194-1, 3° et R. 2194-5 CCP). Concernant le premier point, L. Richer s'interroge sur ce que la codification modifie quant aux fondements de la théorie. Il rappelle la position constante du Conseil d'État sur ce point (renouvelée dans l'avis du 25 septembre 2022, n°405540) depuis un arrêt du 27 juin 1919, *Société du gaz et de l'électricité de Nice*, consistant à qualifier d'extracontractuelle l'indemnité d'imprévision, alors même qu'elle vise à permettre la poursuite de l'exécution du contrat. Le but du recours à la fiction du caractère extracontractuel de l'indemnité est de renforcer la garantie de la poursuite de l'exécution du service public. Face aux apories qu'induit la conception extracontractuelle de la théorie de l'imprévision, l'auteur suggère de s'inspirer de droits étrangers l'ayant empruntée au droit français, mais en la fondant sur la clause *rebus sic stantibus*, sur le principe de loyauté ou celui de l'équilibre contractuel.

La codification de l'imprévision à l'article L. 6, 3° CCP n'a pas modifié sa nature extracontractuelle, du moins dans la lecture qu'en fait le Conseil d'État, pertinemment qualifié de « jurislacteur » par L. Richer. Comme l'a probablement voulu le Conseil dans la phase de rédaction du Code, l'article L. 6, 3° CCP ne précise pas que l'indemnité d'imprévision est régie par le Code, ce que le Conseil d'État a en tout état de cause rappelé dans son avis de 2021, en réaffirmant son attachement à une conception extracontractuelle de l'imprévision.

Sur le second point, étant donné la difficulté de réunir les conditions donnant lieu à l'application de la théorie de l'imprévision, l'auteur souligne, statistiques à l'appui, le caractère improbable de la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision par le juge. L'intérêt de la circulaire serait alors plutôt d'inciter les parties à s'entendre afin de conclure une convention d'indemnisation. Dans ce cas, comme le signale L. Richer, les conditions de la situation d'imprévision n'ont pas nécessairement à être toutes réunies, puisque la convention relève de la commune intention des parties et pas d'une

norme de droit objectif. Le bénéfice de la liberté contractuelle peut également permettre aux parties de convenir d'une indemnisation supérieure aux pertes induites par le montant des charges extracontractuelles. Selon la circulaire du 27 mars 2022, la part d'aléa laissée à la charge du titulaire représente 10 % du montant du déficit résultant des charges extracontractuelles. Une variation entre 5 % et 25 % est admise en fonction des circonstances. Comme le souligne l'auteur, que bien qu'une indemnité d'imprévision supérieure ou égale à 10 % du montant des charges extracontractuelles semble entrer en conflit avec le principe de l'interdiction faite aux personnes publiques de consentir des libéralités, le Conseil d'État semble en avoir admis le principe (CE, ass., 16 avr. 1986, n° 75040, *Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion*).

Enfin, face à la rédaction de l'article art. L. 2194-1, 3° CCP, selon lequel « les modifications sont admises sans remise en concurrence si elles « sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues » et sans modifier la « nature globale du marché », et les inquiétudes qu'il a pu suscitées quant à la pérennité de la théorie de l'imprévision, L. Richer considère que le plafonnement à 50% du bouleversement de l'économie du contrat permettant l'indemnisation plutôt que la résiliation (Article R. 2194-3 CCP) laisse une marge suffisante pour que la théorie continue à être appliquée dans les hypothèses où le bouleversement est inférieur à ce taux.

➡ **P.-M. MURGUES-VAROCLIER, « Bail réel solidaire et commande publique », *AJDA* 2022, n° 31, p. 1770**

L'article interroge l'articulation entre le bail réel solidaire « opérateur » créé en 2016 et le droit de la commande publique. L'auteur tend à démontrer que ce nouvel instrument est susceptible de recevoir la qualification de contrat de la commande publique de sorte que sa conclusion pourrait bien être soumise au respect des principes de transparence et de concurrence.

Le bail réel solidaire créé par l'ordonnance du 20 juill. 2016 (CCH, art. L. 255-1 à L. 255-19) peut prendre la forme d'un BRS « opérateur » conclu par un organisme foncier solidaire (OFS) avec un tiers (généralement, un promoteur immobilier) dans le but de permettre la construction ou la réhabilitation de logements en vue d'une opération d'accession sociale à la propriété. Au regard des critères de qualification des contrats de la commande publique (CCP, art. L. 2), ce nouvel instrument juridique est susceptible de recevoir la qualification de concession de travaux. Premièrement, un organisme agréé « OFS » peut revêtir la qualité de « *pouvoir adjudicateur* », au sens de l'article L. 1210-1 du CCP. En effet, parmi les personnes morales susceptibles de recevoir l'agrément OFS certaines ont déjà la qualité de « *pouvoirs adjudicateurs* » (offices publics de l'habitat,

SEM HLM...). Les autres satisfont bien, selon l'auteur, les deux conditions de qualification d'une entité privée en pouvoir adjudicateur, posées par l'art. L. 1211-1 du CCP : elles ont bien été « *créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial* » et sont subordonnées au contrôle de l'État. Deuxièmement, le BRS « *opérateur* » est généralement destiné à répondre à un besoin de l'OFS conformément à la définition de l'art. L. 2 du CCP. À cet égard, la conclusion du BRS doit permettre à l'OFS de remplir la mission qui lui incombe d'acquérir des terrains en vue de réaliser des logements et équipements collectifs (C. urb., art. L. 329-1) en vue de les vendre ou des louer. Ce montage s'inscrit, plus précisément, dans une logique concessive (CCP, art. L. 1121-1) dès lors que la rémunération de l'opérateur économique ne provient pas du versement d'un prix par l'OFS, mais de la cession des droits réels sur les logements édifiés/réhabilités au profit des utilisateurs finaux ou de leur location. En cas de requalification en contrat de la commande publique, le non-respect des exigences de transparence imposées par le CCP pourrait entraîner un « *fort risque juridique* » à la fois d'annulation du contrat et / ou de condamnation pénale des parties pour délit de favoritisme. Selon l'auteur, trois hypothèses pourraient néanmoins autoriser l'OFS à sélectionner son cocontractant de « *gré à gré* », sans publicité ni mise en concurrence : lorsque les conditions de la quasi-régie sont remplies (CCP., art. L. 3211-1) ; lorsque l'opération fait apparaître que le contrat « *ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques* » (CCP., art. R. 3121-6) ou en vertu d'une exception prévue pour le contrat de VEFA (lorsque l'acquisition immobilière constitue une véritable opportunité immobilière non suscitée par l'acheteur). En conclusion, l'auteur appelle de ses vœux une intervention législative destinée à préciser l'articulation entre le régime de passation du BRS « *opérateur* » et le droit de la commande publique.

 H. HOEPFFNER et M. UBAUD-BERGERON, « La théorie de l'imprévision : retour vers le futur », *AJDA* 2022, n° 38, p. 2156

À l'occasion de l'avis très remarqué du 25 septembre 2022 (CE, avis, assemblée générale, 15 sept. 2022, n°405540) dans lequel le Conseil d'État se prononce sur la modification des contrats et l'application de la théorie de l'imprévision, dans un contexte d'inflation soudaine et galopante, les auteurs reviennent sur la théorie de l'imprévision.

S'agissant de son champ d'application, H. Hoepffner et M. Ubaud-Bergeron formulent l'hypothèse selon laquelle d'avantage qu'aux contrats administratifs en général, la théorie s'appliquerait plus

particulièrement aux contrats de commande publique, en ce que ceux-ci « impliquent une certaine continuité dans la délivrance des prestations ».

Sur le plan des fondements de l'imprévision, les différentes hypothèses formulées en doctrine sont présentées (mécanisme de responsabilité extracontractuelle ou contractuelle, ou rattachement à la sphère contractuelle par la clause *rebus sic stantibus*, au principe de loyauté contractuelle ou au principe d'équilibre financier).

S'agissant de l'éventuelle menace que les directives de 2014 feraient planer, désormais via le Code de la commande publique, sur la théorie de l'imprévision, en limitant les possibilités de d'attribuer une indemnité d'imprévision (articles L. 2194-1, 3° et R. 2194-5, et R. 2194-3 CCP), les auteures rappellent la position du Conseil d'État, à savoir que puisque l'article L. 6, 3° CCP ne prévoit pas que l'indemnité d'imprévision est régie par le Code, elle en est indépendante et elle échappe donc aux restrictions prévues par le paquet de directives de 2014. Cela correspond à la position du Conseil sur la théorie de l'imprévision, qui serait de nature extracontractuelle et ne portant donc pas modification du contrat administratif, nonobstant la convention d'indemnisation, qui s'apparente pourtant à un avenant.

Les auteures reviennent ensuite sur les conditions de l'imprévision, et notamment le caractère imprévisible de l'aléa pour les parties, au moment de la conclusion du contrat, son caractère extérieur, le bouleversement de l'économie du contrat (qui s'assimile à un déficit d'exploitation), lesquelles sont appréciées *in concreto* par le juge du contrat. S'y ajoute la condition de la poursuite de l'exécution du contrat administratif.

Enfin, comparant l'imprévision en droit privé, qui est l'apanage du juge, et passe par une révision du contrat, à l'imprévision en droit administratif, qui a majoritairement vocation à rester l'affaire des parties, les auteures insistent à nouveau le caractère extracontractuel de la convention d'indemnisation. Elles soulignent l'incompatibilité du raisonnement niant le caractère contractuel de l'indemnité d'imprévision avec la jurisprudence de la Cour de justice et en particulier l'arrêt *Finn Frogne* (7 sept. 2016, aff. C-549/14, *Finn Frogne A/S*), dans laquelle celle-ci assimile un protocole transactionnel à une modification contractuelle.

➔ C.-A. DUBREUIL, « La force majeure dans les contrats administratifs », *AJDA* 2022, n° 38, p. 2162

La thèse de l'auteur tient à l'évolution de la force majeure, contrastant avec la stabilité supposée de cette notion. Cette évolution résulte tant de la flexibilité inhérente à l'appréciation *in concreto* de la force majeure que de sa formalisation récente (au sein des contrats et CCAG).

L'auteur rappelle tout d'abord que l'épidémie de covid-19 a renouvelé l'attention accordée à la force majeure, particulièrement dans le droit de la commande publique.

Il affirme ensuite que la stabilité caractérise les trois éléments de définition de la force majeure – identiques en droit privé comme en droit public (imprévisibilité, irrésistibilité et extériorité) – mais que leur appréciation est en revanche évolutive car concrète. L'imprévisibilité implique ainsi de déterminer si, à l'aune des caractéristiques (ex : matérielles, financières) de la partie concernée, cette dernière aurait dû prévoir l'évènement ou se protéger contre celui-ci. Les caractéristiques de la partie sont également prises en compte pour déterminer si l'évènement était irrésistible et a entraîné des difficultés d'une ampleur suffisante pour empêcher l'exécution du contrat (par contraste avec l'imprévision qui implique uniquement un bouleversement de l'économie du contrat par exemple, même si la confusion entre les deux est entretenue par la jurisprudence). L'extériorité est également dépendante du comportement de la partie invoquant la force majeure, car elle suppose que la partie « *non seulement ne doit pas l'avoir voulu, ne pas en être à l'origine, mais elle ne doit pas avoir été en situation de l'empêcher* ». L'extériorité implique par ailleurs l'absence de lien contractuel entre le tiers à l'origine de l'évènement et la partie invoquant la force majeure.

L'auteur souligne enfin que la flexibilité des contours et des effets de la force majeure est renforcée par sa formalisation croissante, c'est-à-dire son intégration expresse au sein du contrat ou des CCAG. Elle est même présente dans le Code de la commande publique, qui n'en fournit pourtant pas de définition et n'y attache pas les conséquences traditionnelles (indemnisation, exonération de responsabilité). L'épidémie de covid-19 a accentué cette codification, car elle a conduit à la pérennisation de ces mesures d'urgence dans le Code de la commande publique (exemple : prolongation des délais d'exécution). Pourtant, la « source » première de la force majeure demeure contractuelle. L'inclusion de la force majeure dans les contrats administratifs et CCAG demeure d'ailleurs aujourd'hui (alors même que le juge administratif a reconnu qu'elle existait même dans le silence du contrat). Or, l'encadrement contractuel de la force majeure est nécessairement

casuistique et non uniforme, car dépendant de la volonté des parties et des stipulations contractuelles.

L'auteur en déduit que les contours de la force majeure ne sont pas stables malgré leur encadrement textuel croissant, et que ses effets sont hétéronomes. La force majeure peut ainsi conduire à l'exonération, mais la nature totale ou partielle de l'exonération dépend du degré d'inexécution et du comportement des parties. Dans le même sens, la résiliation du contrat n'est pas systématique, le juge pouvant lui préférer la suspension en cas d'irrésistibilité temporaire, ou le rallongement des délais d'exécution. Enfin, elle ne donne pas nécessairement lieu au paiement de dommages et intérêts.

➡ **M. AMILHAT, « La théorie des sujétions techniques imprévues, une construction jurisprudentielle dépassée », *AJDA* 2022, n° 38, p. 2169**

Dans cet article, M. Amlihat entreprend d'expliquer la faible notoriété de la théorie des sujétions techniques imprévues (laquelle répond à une logique de responsabilité contractuelle sans faute), comparativement aux autres règles générales applicables aux contrats administratifs. Celle-ci s'explique, d'une part, par la circonscription de la théorie aux marchés de travaux, et d'autre part, par ses conditions drastiques de mise en œuvre. L'application de cette théorie dépend, d'une part, de la réunion deux conditions objectives, à savoir des difficultés matérielles exceptionnelles, dont découle un surcoût important, et d'autre part, de la satisfaction de deux conditions subjectives : l'extériorité aux parties et l'imprévisibilité des difficultés rencontrées.

L'auteur soutient, en premier lieu, que les deux conditions objectives ne sont pas adaptées à la pratique contemporaine des marchés de travaux. S'agissant, tout d'abord, de la condition tenant au caractère exceptionnel du surcoût, il est apprécié par le juge de façon différenciée, selon que le marché est un marché à forfait ou à prix unitaires. Dans le premier cas, l'indemnisation n'est accordée que pour les difficultés ayant entraîné un bouleversement de l'économie du contrat (laquelle est appréciée au regard de l'ensemble du marché, y compris lorsqu'elle est soulevée par un sous-traitant). Dans le second, cette condition n'existe pas et le surcoût peut donner lieu à indemnisation même s'il est limité. L'auteur souligne l'exigence du contrôle juridictionnel sur les difficultés matérielles rencontrées par le titulaire. Les cas les plus fréquents sont des difficultés liées à la composition géologique d'un sol ou à l'environnement d'exécution du marché, à des événements naturels, mais pas au fait d'un tiers et encore moins à celui des parties.

En second lieu, l'auteur affirme que même lorsque les deux critères matériels sont réunis, l'exigence de la satisfaction des deux critères subjectifs a tendance à empêcher la mise en œuvre de la théorie. Ainsi, la condition d'extériorité exclut naturellement tout manquement imputable au titulaire ou à l'organisme adjudicateur. S'agissant de la condition de l'imprévisibilité, elle rejoint partiellement l'extériorité (et la distinction a peut-être parfois quelque chose d'artificiel), dans la mesure où l'indemnité est refusée chaque fois que l'évènement est lié à une action de l'une des parties. Elle l'est aussi naturellement lorsque le titulaire avait connaissance ou était supposé avoir connaissance de l'existence de la difficulté au moment de la signature du contrat.

M. Amilhat conclut des difficultés et partant, de la rareté de la mise en œuvre de la théorie des sujétions techniques imprévues que les titulaires de marchés de travaux ne peuvent pas compter sur son application par le juge et ont tout intérêt à négocier des avenants en cas de difficulté technique.

➡ **P. TERNEYRE, « Le fait du prince dans les contrats administratifs », *AJDA* 2022, n° 38, p. 2181**

L'auteur débute son article sur la théorie du fait du prince, par une longue définition, selon laquelle elle concerne « *un acte juridique, positif ou négatif, imputable à une administration cocontractante dans l'exercice de ses compétences normatives extérieures aux droits et obligations qu'elle tire, directement ou indirectement, des contrats administratifs qu'elle passe, imprévisible pour les deux parties au moment de la conclusion du contrat et de nature à affecter substantiellement l'équilibre économique des contrats administratifs que cette administration a conclus* ». Après avoir rappelé que la théorie du fait du prince constitue un mécanisme de responsabilité contractuelle sans faute, l'auteur en rappelle les conditions de mise en œuvre, lesquelles découlent de sa nature de responsabilité contractuelle : l'imputabilité à la personne publique contractante ; l'imprévisibilité au moment de la signature du contrat ; le lien de causalité directe entre la mesure et la perte subie ; et un préjudice certain, grave et spécial (ce qui correspond bien à l'idée de responsabilité dans faute). La réunion – très rare au demeurant – de ces conditions conduit à l'indemnisation intégrale du préjudice subi.

Au-delà de ces éléments connus, l'article expose quelques « questions en suspens ». La première consiste à se demander si, à l'instar de la théorie de l'imprévision, du moins dans la conception extracontractuelle qu'en a le Conseil d'État, la théorie du fait du prince est dépourvue d'effet modificatif sur le contrat. L'auteur se range à cette position, quoiqu'il s'agisse d'un mécanisme de responsabilité contractuelle (ce qui n'est pas le cas de l'indemnisation pour imprévision, selon la

position du Conseil d'État). La seconde porte sur la possibilité de stipuler une clause excluant l'indemnisation au titre du fait du prince. Bien que ce type de clause soit admis par la jurisprudence s'agissant de l'exclusion de l'indemnisation pour résiliation unilatérale (CE 19 déc. 2012, n° 350341, *Société AB Trans*), l'auteur considère qu'une telle clause serait illicite s'agissant du fait du prince. Il se fonde sur la décision du Conseil constitutionnel jugeant qu'une disposition législative qui institue, au profit de catégories particulières de personnes physiques ou morales, des régimes d'irresponsabilité civile totale est contraire au principe d'égalité (Cons. const. 22 oct. 1982, n° 82-144 DC), ainsi que sur la protection des créances assurée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement du paragraphe premier du Premier protocole additionnel.

➡ **L. SOURZAT, « La mutabilité du contrat administratif, une théorie renouvelée », *AJDA* 2022, n° 38, p. 2175**

L'article revient sur le renouvellement de la théorie de la mutabilité du contrat administratif qui, tout en faisant l'objet d'une consécration textuelle nouvelle par le Code de la commande publique, ne s'en trouve pas moins niée dans sa singularité.

La théorie de la mutabilité fait partie intégrante du régime juridique des contrats administratifs, dès lors que l'administration a la charge d'intérêts mouvants, voire imprévisibles. Cette théorie s'illustre dans le pouvoir de modification unilatérale et, dans sa forme la plus « radicale », le pouvoir de résiliation unilatérale. Elle s'est toujours inscrite dans un environnement jurisprudentiel mouvementé depuis sa consécration implicite (CE, 10 janv. 1902, *Cie nouvelle du Gaz de Deville-lès-Rouen*) puis explicite (CE, 11 mars 1910, *Cie générale française des tramways*) jusqu'à sa généralisation (CE, 2 mai 1958, *Distillerie Magnac-Laval* ; CE, 2 févr. 1983, *Union des transports régionaux*). La théorie de la mutabilité connaît depuis quelques années une véritable « crise de légitimité » (M. Ubaud-Bergeron, *La mutabilité du contrat administratif*, 2004, p. 357) provoquée tant par le contexte de financiarisation du monde des affaires publiques que la logique concurrentielle du DUE. Ces tendances favorisent le recours à la contractualisation au point de remettre en question l'avenir du pouvoir de modification unilatérale, d'autant plus facilement que les directives de 2014 ne se préoccupent guère de la nature de la modification, pourvu que les principes de concurrence et de transparence soient respectés. Les textes de transposition sont tout aussi silencieux en ce qui concerne le pouvoir de modification unilatérale. Pourtant, la mutabilité que l'on croyait « muselée » retrouve une certaine « vigueur » à la faveur de sa codification à l'art. L. 6 du CCP qui réaffirme le

pouvoir de modification unilatérale. En dépit de sa consécration par le Code de la commande publique de ce pouvoir dans les marchés publics et les concessions (CCP, art. L. 2194-1 et L. 3135-1), on peut douter du maintien de la « *singularité du système d'origine* ». En effet, ces dispositions ont créé une « unité » de régime des modifications unilatérale et conventionnelle en employant une formule identique pour les désigner. On retrouve, en filigrane, la logique du DUE qui trace une frontière entre les modifications en cours d'exécution admissibles et les autres, sans se préoccuper de leur nature. Dans cette perspective, l'auteure se demande si la modification unilatérale ne doit pas être envisagée comme un pouvoir « *subsidaire* » voire une « *exception* » à la modification conventionnelle. C'est enfin l'absence de référence explicite au motif d'intérêt général en cas de mise en œuvre du pouvoir de modification unilatérale qui conduit à interroger sa spécificité. L'auteure le déplore dès lors qu'un « *strict encadrement du motif d'intérêt général* » permettant de fonder un recours à la modification unilatérale aurait, selon elle, permis de « *garantir une plus grande sécurité juridique* ».

➡ **H. HOEPFFNER, « La théorie des biens de retour en dehors des concessions de service public », *AJDA* 2022, n° 40, p. 2291**

Dans cet article, l'auteure évalue, sur le fondement de la jurisprudence *Commune de Douai* (CE, Ass., 21 décembre 2012, n° 342788), les potentialités du débordement de la théorie des biens de retour en dehors de son champ d'origine – celui des concessions de service public.

Le Conseil d'État avait jugé que « *dans le cadre d'une délégation de service public ou d'une concession de travaux mettant à la charge du cocontractant les investissements correspondant à la création ou à l'acquisition des biens nécessaires au fonctionnement du service public (...), l'ensemble de ces biens, meubles ou immeubles, appartient, dans le silence de la convention, dès leur réalisation ou leur acquisition à la personne publique* ». Cette jurisprudence permet donc de distinguer les « biens de retour », nécessaires à l'exécution du service public, que l'autorité concédante récupérera pour assurer la continuité du service ; les « biens de reprise » qui restent la propriété du concessionnaire sauf stipulation contractuelle contraire ; et enfin les « biens propres » qui demeureront, en tout état de cause, dans le patrimoine du concessionnaire. L'article L. 3132-4 CCP reprend ces trois catégories.

Selon H. Hoepffner, les fondements de la théorie des biens de retour, à savoir, d'une part, la continuité du service public et d'autre part, l'esprit des contrats de concessions, qui est de permettre aux collectivités publiques de se doter d'infrastructures en les faisant financer par le

concessionnaire, peuvent être mobilisés pour envisager une extension de l'application de cette théorie hors des concessions de service public.

D'abord, la théorie des biens de retour pourrait être appliquée à des contrats ayant pour objet l'exécution du service public. L'auteure cite des applications jurisprudentielles en matière de marchés publics de services, ou aux METP (dès lors que ceux-ci faisaient participer le titulaire à l'exécution même du service public), ou encore aux concessions de casinos. L'auteur propose d'étendre cette application aux marchés de partenariat qui délèguent la gestion d'un service public au titulaire.

L'auteure s'interroge également sur la composition de la catégorie des biens de retour. Deux critères sont à employer : il faut que le bien puisse matériellement être retourné et qu'il soit nécessaire à l'exécution du service public. Par ailleurs, en raison du caractère d'ordre public de la théorie des biens de retour, dès lors qu'un bien entre dans cette catégorie, les parties au ne peuvent décider, contractuellement, de faire échec au retour du bien dans le patrimoine de l'autorité concédante, auquel il est réputé appartenir dès le début de l'exécution du contrat.

S'agissant des fondements de la théorie des biens de retour qui pourraient permettre de l'étendre à d'autres catégories de contrats administratif, H. Hoepffner mobilise la notion de « fonds administratif », qui désigne l'ensemble des moyens mis au service d'une activité administrative. Ainsi, tous les biens concourant à l'activité de l'Administration auraient vocation à entrer dans son patrimoine. Par ailleurs, s'agissant de concessions de travaux donnant à la construction d'ouvrages à l'usage direct du public, le fondement ne peut pas être la continuité du service, mais plutôt la liberté d'accès des usagers.

Par ailleurs, l'auteure soutient que la logique concessive, consistant à faire financer un bien par le concessionnaire, qui l'amortit ensuite en percevant les redevances des usagers justifie qu'une fois amorti, le bien intègre le patrimoine de la personne publique. Elle propose donc d'étendre la théorie des biens de retour à tous les biens financés de la sorte.

Enfin, si la théorie devait s'appliquer hors des concessions de service public, l'auteure propose qu'elle ne soit pas d'ordre public, mais qu'elle n'ait le statut que d'une règle supplétive.

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

➡ **C. VAYSSE, « Les tribulations normatives du droit des marchés publics : suite et fin ? », *RFDA* 2022, n° 6, p. 1025**

L'auteur analyse la portée de l'adoption du Code de la commande publique à l'égard de l'évolution normative des marchés publics. L'auteur estime que cette adoption « *confirme, sinon un bouleversement, du moins un sérieux compromis entre une compétence législative à préciser et une tradition réglementaire à interroger, reléguant la source jurisprudentielle à un rang à la fois secondaire et nécessaire* ».

L'auteur remet tout d'abord en cause la construction jurisprudentielle conduisant à la compétence réglementaire pour la réglementation des marchés publics. Pour ce faire, il souligne que le décret du 12 novembre 1938 – de nature législative selon le juge et conférant compétence au pouvoir réglementaire – n'a pas été ratifié par les chambres avant la date butoir (1^{er} janvier 1939) et n'a donc pas acquis valeur législative. Il pouvait donc être abrogé par le décret n° 66-887 du 18 novembre 1966. Ceci vaut d'autant plus que le décret du 12 novembre 1938 n'était pas destiné à instaurer de manière pérenne la compétence réglementaire exclusive pour les règles applicables aux marchés publics, notamment car il a été adopté dans le cadre d'un régime d'exception.

L'auteur en déduit que le droit des marchés publics n'est « *ni totalement réglementaire, ni totalement législatif* ». En effet, « *[l']ambiguïté a subsisté* », car les différents décrets adoptant ou modifiant les codes successifs des marchés publics (jusqu'à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005) faisaient référence au pouvoir réglementaire via la mention de l'article 37 de la Constitution, sans mentionner les lois d'habilitation qui auraient pu s'appliquer et fonder la compétence réglementaire. Ce n'est qu'avec l'ordonnance n° 2015-889 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics que le décret du 12 novembre 1938 fut abrogé et que la voie de l'habilitation fut réellement mobilisée (via l'article 42 de la loi d'habilitation du 20 décembre 2014 en l'occurrence).

L'auteur conclut à la dissipation d'une partie de l'ambiguïté : « *la réglementation du droit des marchés publics [est réalisée] par voie d'ordonnance* », mais « *subsiste une impression suivant laquelle le droit des marchés publics serait un droit de l'administration* » en raison notamment de la compétence du juge administratif.

► Revue du droit de l'immobilier (Dalloz)

➡ L. RICHER, « Appel à projets et commande publique », *RDI* 2022, n° 12, p. 624

L'auteur entreprend une étude des règles applicables aux appels à projets, afin de démontrer leurs similitudes, dans certains cas de figure, avec celles régissant la commande publique.

En principe, la réglementation de l'appel à projets se distingue de celle de la commande publique car elle est bien moins contraignante. Cette différence s'explique par le fait que « [l']entité publique n' "achète" rien, elle demande, mais elle ne commande pas ». Il ne s'agit pas, pour la personne publique, de payer pour une prestation comblant un besoin précisément défini, mais de susciter des initiatives et de soutenir (généralement financièrement par des subventions) la meilleure d'entre elles. Il existe toutefois des règles plus contraignantes et donc plus proches de la commande publique, lorsqu'il s'agit d'appels à projets dans les secteurs de la santé (expérimentations pour la création, la transformation ou l'extension d'établissements médico-sociaux et de santé) et de l'énergie (biogaz). La proximité ponctuelle entre la commande publique et l'appel à projets est renforcée par deux éléments. D'une part, les appels à projets peuvent conduire à la conclusion de contrats de la commande publique. D'autre part et à l'inverse, « l'appel à projets peut apparaître comme le substitut d'un marché public ou d'une concession, voire comme un subterfuge pour échapper au droit de la commande publique ».

Les règles de procédure applicables aux appels à projets dans certains secteurs (santé et énergie) ou celles appliquées en pratique peuvent, à certains égards, être similaires à celles régissant la passation des contrats de la commande publique. Il en est ainsi des modalités de publicité (exemples : publication d'un avis, parfois même au JOUE ; publication du cahier des charges et des critères de sélection), ainsi que du respect du principe d'égalité.

Des différences notables demeurent toutefois, et sont principalement issues d'une différence fondamentale entre l'appel à projets et la commande publique : « la personne publique qui lance un appel à projets ne cherche pas à satisfaire un besoin ». Plus précisément, l'appel à projets ne répond pas à un besoin *stricto sensu* de la personne publique en ayant l'initiative, même s'il participe de la satisfaction d'un besoin collectif. Deux autres différences ont été soulignées par la doctrine. La première tient au fait que l'initiative du projet viendrait du candidat dans le cadre d'un appel à projets (et non de la personne publique), mais cela doit être relativisé dans la mesure où cette initiative a pour origine un appel à projets lancé par la personne publique. La seconde repose sur la différence de degré dans la définition des caractéristiques et obligations par la personne publique : cette définition est en principe moins précise lorsqu'il s'agit d'un appel à projets, par comparaison avec un contrat de la commande publique. L'auteur souligne à cet égard que cette différence, bien que plus

opérationnelle que la précédente, doit être nuancée car certains cahiers des charges précis sont imposés par la réglementation, emportant ainsi une définition précise des caractéristiques et obligations.

Les règles applicables sont en outre tributaires de la nature juridique de l'acte final résultant de l'appel d'offres (contrat privé, contrat de la commande publique, autre catégorie de contrat administratif, ou acte administratif unilatéral comme l'octroi d'une subvention ou une autorisation d'occupation du domaine public). Or, la nature juridique de l'acte final n'est pas nécessairement précisée dès le début de l'appel d'offres (exemple : dans le cahier des charges). La potentielle requalification de l'acte est donc décisive, particulièrement lorsque la nature de l'acte n'est pas précisée au début du processus et que l'acte est un contrat (puisque la requalification d'un contrat en acte administratif unilatéral est plus probable que la requalification inverse d'acte administratif unilatéral en contrat). La requalification en contrat de la commande publique nécessite la réunion de deux conditions : il s'agit de répondre à un besoin de la personne publique, et que l'acte soit un contrat à titre onéreux. L'approche retenue jusqu'à présent par le Conseil d'État démontre que cette seconde condition est fortement étendue, accroissant ainsi le risque de requalification. Or, la requalification génère de nombreuses conséquences, dont l'ouverture du référé précontractuel, la potentielle annulation de la procédure et même la résiliation du contrat pour défaut de respect des règles de procédure de la commande publique.

► Contrats et marchés publics (LexisNexis)

➡ L. RICHER, « L'auto-apurement en action », *CMP* 2022, n° 11, étude 9

L'article entend souligner les difficultés soulevées par la faculté d'auto-apurement (*self-cleaning*) des candidats visés par un motif d'exclusion, dispositif bien connu aux Etats-Unis et introduit dans le droit de la commande publique par les *directives européennes Marchés et Concessions* de 2014.

L'augmentation du nombre d'hypothèses d'exclusion d'une procédure de passation d'un marché public / d'une concession aboutit à restreindre mathématiquement la compétition au nom de la recherche d'intégrité (problème de conciliation des objectifs). Pour y remédier, ces textes ont innové en prévoyant un droit (cf. CJUE, 11 juin 2020, *Société Vert Marine*) pour les candidats visés par un motif d'exclusion de procéder à un « *auto-apurement* » (*self-cleaning*). Dans la pratique toutefois, le dispositif est « *rarement utilisé* » en France comme en Europe (V. Dentons *Guide to Self-Cleaning in European Public Procurement*, 2021, en ligne), probablement en raison de l'autocensure des entreprises

relevant d'un cas d'exclusion et de la difficulté pour le pouvoir adjudicateur d'évaluer la pertinence des mesures d'auto-apurement. En outre, les textes relatifs à l'auto-apurement sont succincts (CCP, art. L. 2141-11 et L. 3123-11 et Dir. 2014/24, art. 57 et dir. 2014/23, art. 38), conférant ainsi au pouvoir adjudicateur une marge d'appréciation particulièrement étendue. Dans cette appréciation, le pouvoir adjudicateur doit tenir compte de deux éléments. Premièrement, il doit s'attacher à la qualité de la coopération apportée par l'opérateur économique dans son retour à l'intégrité (« *démontrer sa fiabilité* » selon la *directive Marchés*). En effet, les directives posent expressément une exigence de coopération qui a un « *double objectif* » : mettre le pouvoir adjudicateur à même d'apprécier l'adéquation des mesures correctrices tout en constituant un « *indice de confiance* » pour jauger la loyauté du contractant potentiel. Les textes n'apportent aucune précision quant à l'initiative, laquelle peut avoir spontanément lieu dès le stade de la candidature (par exemple en cas d'utilisation du DUME), ou *ex post* (en ce sens, le CCP impose au pouvoir adjudicateur de mettre l'opérateur à même de présenter ses observations préalablement à toute exclusion). La dissimulation d'informations apparaît donc plus ou moins aisée : particulièrement difficile lorsque le motif d'exclusion est obligatoire (généralement formalisé par une condamnation définitive), elle est plus tentante lorsque le motif d'exclusion facultatif concerne un autre pouvoir adjudicateur. Le CCP incite toutefois à l'honnêteté en faisant de la fourniture d'informations trompeuses un motif d'exclusion facultatif (L. 2141-8-1°). Deuxièmement, le pouvoir adjudicateur doit apprécier l'adéquation des mesures d'auto-apurement par rapport au motif d'exclusion potentiel. Sur ce point, la *directive Marchés* prévoit trois conditions cumulatives nécessaires à l'auto-apurement : la réparation du préjudice, la collaboration et l'adoption de mesures propres à prévenir une nouvelle infraction / faute (Dir. 2014/24, art. 57). Ces conditions ne se retrouvent pas en toutes hypothèses, soit parce que certains manquements peuvent être effacés plus simplement (par exemple : exclusion d'une personne condamnée ou paiement spontané des cotisations fiscales / sociales), soit parce que le droit national ne les exige pas en toutes circonstances. L'appréciation du caractère adéquat des mesures correctrices relève de l'appréciation du pouvoir adjudicateur (ou d'une autorité centrale comme en Allemagne). À cet égard, les textes normatifs gardent le silence sur le contenu des mesures correctrices, le préambule de la directive Marchés envisageant simplement une liste non exhaustive de mesures individuelles et/ ou des mesures collectives de *compliance* (Dir. 2014/24, cons. 102). Le choix des mesures efficaces dépend évidemment de la nature et de la gravité des manquements. Sur ce point, on peut distinguer trois hypothèses : soit l'auto-apurement ne peut être admis (par exemple : opérateur économique condamné pour blanchiment et lié à une organisation mafieuse), soit les mesures individuelles suffisent (par exemple : certaines pratiques collusives imputables à un seul individu), soit des mesures de compliance sont nécessaires (par

exemples : condamnations pénales, mauvaise exécution d'un contrat précédent et conflits d'intérêts).

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

➡ **L. COCHET**, « Les contrats privés de la commande publique : les clairs-obscurs d'un régime juridique après la réforme de la commande publique », *JCP Adm.* 2022, n° 16, 2132

L'article entend mettre en lumière les subtilités du régime juridique des contrats privés de la commande publique : harmonisé avec celui des contrats publics en matière de passation, il conserve certaines spécificités en ce qui concerne l'exécution.

Le droit européen de la commande publique vise principalement à « *accroître l'efficacité de la dépense publique* » par la libre concurrence de sorte qu'il s'applique indifféremment aux contrats privés ou publics passés par les pouvoirs adjudicateurs pour répondre à leurs besoins. L'adoption du Code de la commande publique a été l'occasion de procéder à une mise en cohérence partielle du droit interne. En ce sens, le législateur a procédé à un « *alignement quasi parfait* » des règles de passation applicables aux contrats privés ou publics de la commande publique. Désormais, les dispositions du Code de la commande publique relatives à l'allotissement (art. L. 2113-10 et L. 2113-11) ainsi que celles relatives à la procédure adaptée (art. L. 2123-1) sont applicables indifféremment aux « acheteurs », à l'exception du seuil de publicité dit « national », fixé à 90 000 € HT, qui vise les seuls contrats publics (CCP, art. R. 2131-13 et 16). En ce qui concerne les règles d'exécution des marchés privés, le législateur s'est montré plus hésitant. Dans certains cas, il a procédé à une harmonisation complète des règles applicables aux acheteurs publics et privés, soit en application des directives européennes (par exemple : régime des modifications en cours d'exécution), soit en toute autonomie (par exemples : paiement direct en matière de sous-traitance et délai de paiement). Dans d'autres cas, il s'est appuyé sur la marge de manœuvre laissée aux États par les directives pour réaffirmer certaines spécificités des contrats publics. D'abord, les règles relatives à l'exécution financière des marchés publics, qui puisent leur origine dans les impératifs de la comptabilité publique, ne s'imposent qu'aux contrats passés par les personnes publiques (CCP, art. L. 2191-1), bien que les personnes privées puissent s'y soumettre par voie contractuelle. Ensuite, les grandes « *règles générales applicables aux contrats administratifs* », fruits d'une tradition jurisprudentielle, s'appliquent uniquement aux contrats publics de la commande publique (v. CCP, art. L. 6 : résiliation / modification pour motif d'intérêt général). Enfin, les différences les plus notables entre les deux

catégories de contrat résultent du régime contentieux malgré l'existence d'un « *socle commun* » introduit par la *directive « Recours »* (recours en annulation pour certains manquements). Sur ce point, « l'effort de convergence » entre les deux ordres de juridiction s'essouffle vite si l'on songe, par exemple, au refus du juge judiciaire de créer un recours équivalent au recours en contestation de validité du contrat ouvert aux candidats évincés à un contrat administratif, depuis la décision *Tarn-et-Garonne*. Ce choix a été pleinement entériné par le juge constitutionnel qui n'y a pas vu de rupture d'égalité dès lors que les deux catégories de contrats « *répondent à des finalités et des régimes différents* » (Cons. Constit., 2 oct. 2020, *Sté Bâtiments mayennais*, n° 2020-857 QPC).

➡ **L. RICHER, « L'efficacité de la commande publique : synthèse », *JCP Adm.* 2022, n° 46, 2323**

Cet article fait partie des actes du colloque « *L'efficacité de la commande publique* » organisé à l'Université Jean Moulin Lyon 3 le 30 septembre 2022 sous la direction scientifique des Professeurs Laurent Richer et François Lichère.

À titre liminaire, l'auteur constate que l'efficacité est un objectif dont il est difficile de savoir « *s'il est ou s'il peut être atteint* ». Bien qu'il soit consacré par l'article L. 3 du Code de la commande publique, il doit être envisagé comme une « *notion métajuridique* » : les normes sont mises à son service. La définition de l'efficacité apparaît particulièrement délicate eu égard tant à l'« *ambivalence* » de la notion (François Lichère) qu'à la confusion qu'elle entretient avec celle d'efficience économique. Dans un sens plus restreint, l'efficacité renvoie à l'adéquation entre le moyen et son but (Carine Staropoli). Selon l'auteur, c'est la conception retenue par le code de la commande publique de sorte que « *le système de commande publique efficace est celui qui fournit les moyens adéquats au but poursuivi* », en l'occurrence la satisfaction des besoins de l'acheteur. En premier lieu, il identifie plusieurs facteurs d'« *augmentation de l'efficacité* » du droit de la commande publique. À l'échelle du marché d'abord, l'effectivité de la compétition ne peut être assurée que par la complémentarité du droit de la commande publique et du droit de la concurrence (Isabelle Hasquenoph). En effet, d'un côté les acheteurs sont mal armés pour détecter des infractions au droit de la concurrence tandis que certaines pratiques, sans être contraires à ce droit, n'en sont pas moins problématiques pour le droit de la commande publique (par exemple : OAB). L'efficacité peut également être améliorée par « *le renforcement de la puissance d'achat* » (centrales d'achats ou groupement de commandes), cependant porteur d'un risque de conflits d'objectifs (massification des achats contre l'accès des PME). Au niveau de chaque contrat ensuite, l'efficacité peut être optimisée par une meilleure définition du

besoin (*sourcing*, centrale d'achat...), un renforcement de la négociation (simplification de la procédure négociée) ainsi que de l'adaptabilité du contrat. En second lieu, l'auteur revient sur le phénomène d'« *efficacité augmentée* » ou enrichie par la fixation de nouveaux objectifs dits horizontaux ou secondaires (environnement, climat, justice sociale, PME). Sur ce point, l'auteur tend à considérer que la fixation d'objectifs sociétaux au droit de la commande publique constitue une erreur collective dès lors que les acheteurs sont mal placés pour évaluer les performances en la matière. D'autant plus que la conciliation de ces objectifs pose un certain nombre de difficultés. À titre d'exemple, l'obligation de prévoir un critère environnemental prévue par la *loi Climat et Résilience* peut restreindre la concurrence, entraîner un surcoût pour les acheteurs et entraîner des difficultés d'accès aux marchés pour les PME. Enfin, lesdits objectifs peuvent être détournés, à l'image des exigences sociales et environnementales qui peuvent servir de prétexte au localisme.