

Benoît Polderman

Avocat associé, Cabinet Cabanes Avocats

Hugo Thouvenin

Juriste, Cabinet Cabanes Avocats

CCP 2022-39-1

Identification d'un principe de précaution dans l'analyse des candidatures et des offres

Combien de fois les praticiens de la commande publique se posent ces questions : est-il risqué de retenir cette candidature ou cette offre ? Quelles conséquences dois-je tirer du risque que comporte une candidature ou une offre ? Est-ce que je prends un risque à faire cette proposition dans mon offre ?

Évaluer un risque et déterminer la meilleure manière de le traiter est toujours délicat.

Motivée par un souci de sécurité juridique qui s'étend non seulement de la procédure de passation à l'exécution du contrat, en passant par un désir d'évitement, aussi sain qu'instinctif, des risques, ces interrogations sont sensiblement présentes chez les acheteurs et les opérateurs.

Que l'on se place en marchés publics ou en concessions, un même constat s'impose. Celui de la montée d'un désir de prudence chez les professionnels de la passation des contrats de la commande publique. Dans ce contexte, il apparaît opportun de proposer une approche d'ensemble. Elle combinera les textes et jurisprudences en marchés et en concessions, dans la mesure où il est possible de constater un rapprochement de leur régime⁽¹⁾.

1. Distinguer le risque de la menace au service de la sécurité

1.1. Définitions et regard du juge administratif sur la notion de risque

1.1.1. Une approche étymologique comparée

En droit européen, le risque peut se définir comme « la probabilité qu'un effet spéci-

fique se produise dans une période donnée ou dans des circonstances déterminées », ce qui suppose une double prise en compte : celle de la **probabilité d'occurrence** d'un événement d'abord, et celle **de la gravité de ses conséquences** ensuite⁽²⁾. Ces deux évaluations sont finalement indépendantes dès lors que la gravité du dommage n'a aucune espèce d'influence sur sa probabilité de réalisation. Mais cette indépendance de raisonnement est difficile à conserver. L'opinion se méfie davantage du nucléaire que de la voiture, les graves, mais peu probables conséquences de l'un prenant le pas dans son esprit sur les malheureusement fréquentes, mais nettement moins dommageables de l'autre.

Une approche plus globale pourrait aussi convoquer la définition du Larousse, pour qui le risque serait plutôt la « possibilité, probabilité d'un fait, d'un événement considéré comme un mal ou un dommage ».

Quoi qu'il en soit, l'idée d'incertitude est prégnante. Elle est associée à une notion de danger dont la réalisation pourrait entraîner des suites néfastes. Mais rien n'est garanti, et il existe même des cas où l'évènement se réalise sans que les effets néfastes corollaires attendus ne surgissent. Son étymologie ne trompe pas. Dérivant du latin *ressecum*, le risque est synonyme d'écueil, celui que les marchandises en mer peuvent rencontrer si elles s'avisent de longer de trop près les côtes rocheuses. Ce qui n'est doublement pas assuré qu'elles fassent.

1 Voir dans ce sens Concl., Mireille Le Corre, rapporteure publique sur CE 20 décembre 2019, req. n° 428290.

2 Directive 2012/18/UE du Parlement Européen et du Conseil du 4 juillet 2012 concernant la maîtrise des dangers liés aux accidents majeurs impliquant des substances dangereuses, modifiant puis abrogeant la directive 96/82/CE du Conseil, dite Seveso III.

MOTS CLÉS

Candidatures
Offres
Critères d'appréciation des offres
Exclusions des candidatures

Il en va différemment de la notion de menace, laquelle comporte de manière certaine et intrinsèque l'avènement d'un mal si l'évènement devait arriver. L'imminence du danger est ici plus proche. Entre ces deux notions, le niveau de gravité des conséquences peut varier, mais c'est davantage le degré d'incertitude de celles-ci qui est diamétralement opposé.

Ces définitions transposées à la commande publique, il en résulte par exemple que choisir une candidature ou une offre « menaçante » revient à s'exposer de manière certaine à des conséquences dommageables. Opter pour une candidature ou une offre « risquée » est d'une portée différente, car la réalisation du mal n'est qu'un des scénarii possibles. Pour filer la métaphore maritime, l'armateur prend un risque en convoyant sa marchandise à travers les océans. Le capitaine, lui, la menace directement s'il vient à longer imprudemment les côtes, dans le *ressac*. Ici, l'exposition aux écueils n'est plus un aléa : elle est constamment menaçante.

1.1.2. Les textes et la jurisprudence face au risque : vers davantage de précautions en amont

La jurisprudence elle-même partage cette définition du risque. Ainsi, dans le domaine de la construction, laquelle peut entraîner la production ou la libération de produits chimiques telle que l'amiante, la notion de risque peut se définir comme « l'existence d'une probabilité de voir un danger se concrétiser dans un ou plusieurs scénarios, associée à des conséquences dommageables sur des biens ou des personnes »^[3].

Des textes ont instauré un principe de précaution pour se prémunir du risque.

Dans le domaine de l'environnement, un rôle préventif de la puissance publique a été affirmé par l'article 5 de la Charte de l'environnement, à laquelle la Constitution renvoie désormais depuis la révision constitutionnelle du 28 février 2005, qui fait expressément référence au principe de précaution.

Déjà, dans le contentieux administratif de la santé publique, le juge fait peser sur l'administration une double obligation de prévention : celle de s'informer et d'informer les usagers sur les risques. Cette prévention doit être active dès lors que l'administration se doit

de prendre « les mesures les plus appropriées pour limiter et si possible éliminer ces dangers »^[4]. Inversement, depuis la loi « Kouchner » du 4 mars 2002^[5], l'usager du système de santé dispose d'un droit à l'information sur son état de santé, qui se décline par une information sur « les risques fréquents ou graves normalement prévisibles » des différents traitements disponibles^[6].

En fonction publique, les employeurs publics ont une obligation de sécurité et de prévention des risques sociaux et psychosociaux. Elle comprend un certain nombre de mesures concrètes^[7] telles que des actions de formation, de prévention ou des mesures de suspension.

Est-ce qu'un principe absolu de précaution qui imposerait d'écarter tout risque sous peine d'engager sa responsabilité existe en droit de la commande publique ?

1.2. Enjeux et réflexes sécuritaires risqués

1.2.1. Risque ou menace : les enjeux de la distinction pour les acteurs concernés

Les enjeux à distinguer une candidature, ou une offre menaçantes d'une autre qui serait simplement risquée sont multiples.

Pour la personne publique d'abord, il s'agit d'assurer la sécurité juridique de la passation, mais aussi *in fine* l'efficacité du projet, la maîtrise des deniers publics voire un gain politique.

Plus encore, et dans le cas des délégations de service public, entrent en jeu l'importance d'assurer la satisfaction des usagers tout en veillant à la continuité du service public. L'un de ces objectifs est un principe général du droit interne depuis 2006, les deux suivants sont inscrits à l'article L. 3 du Code de la commande publique. S'agissant des délégations de service public, la continuité du service est protégée constitutionnellement^[8] tandis que pèse sur l'autorité délégante l'obligation de

4 CE Ass., 3 mars 2004, Ministre de l'Emploi et de la Solidarité, req. n° 241150.

5 Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

6 Dispositions codifiées aux articles L. 1111-1 et suivants du Code de la santé publique.

7 Prévues aux articles L. 4121-1 et suivants du Code du travail.

8 Cons. const. Décision n° 79-105 DC du 25 juillet 1979.

3 TGI Paris, réf., 11 avril 2012, n° 12/52401.

se fonder, pour l'attribution, sur la qualité du service rendu aux usagers⁹.

L'opérateur économique, candidat et potentiellement cocontractant, doit, quant à lui, concilier des objectifs de qualité, de coûts dans un contexte concurrentiel avec l'ambition de l'obtention du contrat :

- remettre l'offre la plus adéquate, sans se mettre en danger sur les délais d'exécution au risque d'assumer les éventuelles pénalités, voire de la résiliation aux frais et risques. Rempporter le contrat bien sûr afin d'éviter l'exposition de frais de présentation des offres en pure perte, mais avant tout pour assurer une activité à sa société ;
- sacrifier pour cela une partie de sa marge, sans toutefois mettre en danger la régularité de son offre qui pourrait être vue comme une offre anormalement basse. L'équation est complexe, et la liste pourrait s'allonger.

Or, et pour chaque acteur concerné, ne pas saisir la nuance dans la distinction entre menace et risque peut porter atteinte à la bonne gestion du projet. En effet, les approches et stratégies à mettre en place face à ces deux notions varient de manière significative. Dans le premier cas, il est question d'identification et d'élimination des menaces, tandis que dans le second il s'agit davantage de se prémunir des risques que de les éliminer – ce qui relève du domaine de l'impossible eu égard à son caractère incertain.

1.2.2. Risque et déclaration sans suite : les liaisons dangereuses

Une première solution, parfois constitutive d'un réflexe chez certains acheteurs ou autorités concédantes, est de déclarer la procédure sans suite lorsqu'un risque est identifié et que l'on ne trouve pas la solution pour l'éliminer.

Si l'analyse des offres conduit à devoir attribuer le contrat à un candidat X « agressif » lequel soulève néanmoins des doutes sur sa fiabilité, abandonner la procédure et reprendre tout à zéro quelque temps après semble une option alléchante.

Et il y a de quoi. Se protéger d'un cocontractant dont on juge qu'il est « risqué » paraît une démarche bien naturelle dès lors que la conclusion d'obligations contractuelles réci-

proques avec un tel opérateur économique peut avoir des implications importantes. Sans s'appesantir sur le sujet, les conséquences en termes d'image d'une part, mais surtout de responsabilités contractuelles, avec de fortes implications financières, voire pénales, d'autre part sont nombreuses. Elles doivent être évitées autant que faire se peut.

Pourtant, la liberté contractuelle des personnes publiques n'est pas celle des personnes privées, et cet article n'ambitionne pas de revenir sur ce point. Rappelons simplement qu'il est de jurisprudence constante « qu'une personne publique qui a engagé une procédure de passation d'un contrat de concession ne saurait être tenue de conclure le contrat » dès lors qu'il existe un motif d'intérêt général de ne pas le conclure¹⁰. Ce principe s'applique avec d'autant plus de rigueur que « même sans texte, la personne publique a toujours le pouvoir de ne pas donner suite à un appel d'offres pour un motif d'intérêt général »¹¹. Cette option n'est pas pour autant en elle-même dénuée de tout risque.

Comme le relève la Direction des affaires juridiques de Bercy : « La décision de déclarer la procédure sans suite est discrétionnaire. Elle n'est donc soumise qu'à un contrôle juridictionnel minimum »¹². À cet égard, le rapporteur public Gilles Pellissier suggérait au Conseil d'État de « [...] laisser à l'acheteur public une assez large marge d'appréciation des intérêts généraux qui peuvent le conduire à renoncer à conclure un contrat, dès lors qu'il s'agit bien de considérations d'ordre général, c'est-à-dire relevant de la gestion publique et étrangères à la personne des candidats »¹³.

Aussi la jurisprudence reconnaît, au travers d'un contrôle juridictionnel réduit à la seule erreur manifeste d'appréciation sur le motif d'intérêt général invoqué¹⁴ que peuvent être valablement invoquées des considérations budgétaires, une innovation technique, une

10 CE 17 septembre 2018, Société Le Pagus, req. n° 407099.

11 Concl., M. Rousset, rapporteur public sur CAA Paris, 11 février 2014, req. n° 13PA03151.

12 DAJ, Fiche pratique « L'abandon de procédure », 1^{er} avril 2019.

13 Concl., Gilles Pellissier, rapporteur public, sur CE 17 septembre 2018, Société Le Pagus, précitée.

14 CE 14 mars 1997, Préfet du Maine-et-Loire, req. n° 146011.

9 En vertu de l'article L. 3124-5 du Code de la commande publique.

disparition du besoin, une insuffisance de la concurrence, un risque juridique, voire politique, etc. Certes.

En revanche, cette option n'offre pas toute latitude. D'abord, il convient de souligner que les erreurs de la personne publique peuvent être retenues contre cette dernière pour considérer que la déclaration sans suite ne repose pas sur un motif d'intérêt général^[15]. Mais surtout, comme le souligne Gilles Pellissier dans les conclusions précitées, le motif doit être étranger à la personne des candidats.

Aussi, si la déclaration sans suite a pour but d'éviter l'attribution à un candidat dont le choix est estimé risqué en raison de sa personne, sa légalité peut être interrogée. Ainsi, il a déjà été jugé que l'incohérence de l'offre ne peut être valablement invoquée^[16] pour fonder un abandon de procédure.

En somme, faire état d'un motif relatif à la personne du candidat, autrement dit sa candidature, ou à son offre, peut être délicat juridiquement.

En effet, un candidat évincé peut invoquer, dans le cadre d'un référé précontractuel ou d'un recours en contestation de validité du contrat, l'irrégularité de la déclaration sans suite d'une procédure récemment abandonnée, et très similaire à la nouvelle^[17]. En outre, le candidat qui aurait été classé en première position pourrait y voir également un moyen de ne pas le retenir et développer cet argument devant le juge administratif, par exemple dans le cadre d'un recours en référé-suspension

15 Voir par exemple CAA Nantes, 2 février 2016, req. n° 14NT01374, pour une mauvaise appréhension du besoin.

16 CE 18 mars 2005, Société Cyclergie, req. n° 238752.

17 Voir par exemple : TA Réunion ord., 20 novembre 2015, n° 1501016 ; TA Réunion ord., 8 janvier 2016, n° 1501016 : « eu égard au caractère limité des modifications apportées par le pouvoir adjudicateur à l'objet du marché et aux conditions d'analyse des offres lorsqu'il a relancé la procédure dans les jours ayant suivi la déclaration sans suite, le candidat évincé au terme de la procédure n° A.15.034 est recevable à invoquer, dans le cadre de son action en référé précontractuel dirigée contre cette procédure, l'éventuelle irrégularité de la décision par laquelle il a été mis fin à la procédure n° A.15.019, déclarée sans suite alors qu'elle a été immédiatement prolongée selon des modalités très proches ».

contre la décision de déclarer sans suite la procédure^[18].

La circonstance que le juge considère comme suffisamment motivée la décision de déclaration sans suite dans laquelle l'acheteur public ou l'autorité concédante explicite *a minima* le motif d'intérêt général retenu, sans énumérer précisément les éléments de fait l'ayant conduit à prendre une telle décision^[19] ne doit pas changer le sens de l'analyse, et encore moins donner à certains acheteurs l'envie de masquer le motif véritable par le caractère succinct de la motivation. Abandonner une procédure pour un motif relatif au candidat est source de danger. Alertons d'emblée sur cette première tentation à l'issue incertaine, qui ne reviendrait à rien d'autre que de soigner le mal par le mal.

Il pourrait être soutenu que le désir d'évitement du risque, autrement dit la sécurité juridique, de la procédure de passation, mais aussi de l'exécution du contrat pourrait être de nature à constituer un motif d'intérêt général suffisant.

Mais si l'on revient à la définition du risque, une objection peut être émise.

Si l'on ne remet pas en cause la capacité d'un acheteur à évaluer la gravité des conséquences de la réalisation du risque, celle de la probabilité de son occurrence nous paraît démesurément subjective. Faire reposer une décision sur une base aussi friable est risqué surtout si elle remet en cause le projet, ses objectifs ou fait perdre à un opérateur une chance d'obtenir un contrat. Il doit être possible d'appliquer autrement une politique de prévention du risque dans la commande publique.

Une voie alternative peut être dessinée permettant de manière plus mesurée et objective, d'éliminer les menaces et de se prémunir des risques dans le cadre d'une procédure de mise en concurrence. Les développements qui suivent proposent ainsi de définir le cadre d'une théorie sur **un principe de précaution dans la commande publique**.

18 Voir par exemple TA Rennes ord., 7 mai 2015, Société Kéolis Atlantique, n° 1501585.

19 Voir dans ce sens TA Marseille, 28 février 2020, n° 1702049 : sur la mention de pratiques anticoncurrentielles sans toutefois les identifier précisément.

2. Sur l'exclusion de plein droit des candidatures ou des offres « menaçantes »

2.1. Les candidatures menaçantes : celles qui ne tombent sous le coup d'une exclusion de plein droit

D'abord, le périmètre du contenu des candidatures admises à participer à la procédure est défini par les textes. De toute évidence, n'y rentrent pas les candidatures **exclues de plein droit**^[20]. Dans cette situation, la personne publique ne dispose d'aucune latitude. En effet, elle n'est même pas celle qui doit détecter la cause de l'éviction automatique. Il s'agit en réalité d'un rôle qui appartient, selon les cas, au juge pénal ou commercial, à l'administration du travail, ou encore à l'administration fiscale. Ici, la notion de risque pour l'acheteur nous semble absente. La personne publique est ainsi en situation de compétence liée.

Il n'existe aucune exception à ce principe qui s'impose, sauf à ce que, à titre exceptionnel, l'opérateur soit le seul à pouvoir répondre au besoin, que cette dérogation soit justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, et qu'enfin aucun juge pénal n'ait expressément exclu ledit opérateur^[21]. Hormis ce cas de figure, rarissime, le rejet de la candidature s'impose.

Si l'on reprend la distinction « risque » et « menace » du propos liminaire, on peut ainsi qualifier la candidature de menaçante, c'est-à-dire comportant intrinsèquement une menace justifiant pour la conjurer la mise à l'écart de l'opérateur.

Un bémol doit toutefois être apporté après un arrêt récent du Conseil d'État consécutif à un avis préjudiciel de la Cour de justice de l'Union européenne sur la conventionnalité des dispositions de l'article 39 de l'ordonnance du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, codifiées à l'article L. 3123-1 du Code de la commande publique.

Interprétant les dispositions de l'article 38 de la directive concessions^[22], la Cour avait consi-

déré que la réglementation ne saurait en toute hypothèse refuser à un opérateur économique la possibilité d'apporter la preuve qu'il a pris des mesures correctrices^[23].

Prenant acte de cette décision, le Conseil d'État a jugé que ne pouvait être exclue une entreprise qui, alors qu'elle relève d'un cas d'exclusion automatique, mais dont le jugement n'avait pas été frappé de peine complémentaire d'exclusion des marchés publics, « après avoir été mise à même de présenter ses observations », « établit dans un délai raisonnable et par tout moyen auprès de l'autorité concédante, qu'elle a pris les mesures nécessaires pour corriger les manquements correspondant aux infractions mentionnées au même article pour lesquelles elle a été définitivement condamnée et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du contrat de concession n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement. »^[24].

Il appartient donc à l'acheteur d'inviter l'opérateur à démontrer que la menace que sa candidature représente potentiellement peut être jugulée.

On peut y voir l'application d'un principe de précaution raisonné ou raisonnable.

2.2. Les offres menaçantes : celles qui ne respectent pas une exigence minimale, les offres inacceptables ou inappropriées

Viennent dans un deuxième temps les exclusions automatiques au stade des offres. Le pouvoir adjudicateur est tenu d'écarter les offres dès lors que celles-ci dépassent les crédits budgétaires alloués au marché ou ne répondent manifestement pas, ou de manière bien trop éloignée pour envisager toute régularisation, au besoin exprimé dans les documents de la consultation. Sont ainsi évacuées les offres inacceptables et inappropriées^[25]. Finalement, la logique se rapproche de celle suivie pour l'élimination des candidatures. Ici, la personne publique est certaine que retenir une telle offre est contraire à ses intérêts. Dans un cas elle peut mettre en danger ses

20 En vertu des dispositions des articles L. 2141-1 et suivants du Code de la commande publique pour les marchés publics d'une part, et L. 3123-1 et suivants du même code pour les concessions d'autre part.

21 CCP, art. L. 2141-6.

22 Directive 2014/23/UE relative aux contrats de concessions.

23 CJUE, 11 juin 2020, Vert Marine SAS c/Premier ministre, aff. C-472/19.

24 CE 12 décembre 2020, Vert Marine, req. n° 419146.

25 CCP, art. L. 2152-1 et s. pour les marchés et L. 3124-2 et s. pour les concessions.

finances, dans l'autre elle est certaine qu'on ne répondra pas au besoin qu'elle a exprimé. Nulle place au doute, en somme, le rejet s'impose de plein droit. C'est la nature même de l'offre qui est réhibitoire. L'exclusion se justifie ainsi non pas par un risque, mais par une menace.

Le constat vaut aussi en matière de concessions, à l'exclusion de facto des offres inacceptables. On mentionnera ici aussi les offres irrégulières, autrement dit celles ne respectant pas les conditions et caractéristiques minimales^[26]. Dès lors que ces conditions et caractéristiques minimales s'imposent à l'offre « comme une limite du champ matériel de la négociation »^[27] en raison de leur objectivité, les indiquer aux candidats n'est pas obligatoire en l'état actuel de la jurisprudence^[28]. Ici aussi, l'exclusion est automatique et s'impose.

3. Des soumissions menaçantes aux soumissions risquées : fin de l'exclusion de plein droit

L'incertitude qui touche une candidature ou une offre est ainsi différente. La candidature ou l'offre ne comporte pas une menace, mais expose à un risque éventuel. Cette différence justifie un traitement différent.

3.1. Les exclusions de candidatures à l'appréciation de l'acheteur

En ce cas, il ne s'agit plus d'écarter automatiquement les candidatures qui relèvent des cas d'exclusion définis par le législateur.

Ce dernier a laissé la possibilité aux acheteurs et aux autorités concédantes de faire la part des choses entre le risque et la menace de la candidature, lorsque l'opérateur économique relève de cas précisément énumérés^[29].

Puisque les textes n'imposent pas aux acheteurs d'appliquer ces exclusions et qu'ils prévoient que dans ces cas, une candidature ne peut être écartée qu'à l'issue d'une procédure

contradictoire^[30], il peut être considéré que ces hypothèses ne correspondent pas à des menaces, mais à des risques. Leur mauvaise évaluation n'en demeure pas moins dommageable. Une décision récente, « Collectivité de Corse », l'illustre. Pour ne pas avoir usé de la possibilité ouverte à l'article L. 2141-10 du code de la commande publique d'exclure une candidature créatrice d'une situation de conflit d'intérêts, la collectivité s'est exposée à l'annulation du contrat pour rupture du principe d'impartialité, lequel semble d'ailleurs reposer sur un principe de précaution assez poussé^[31].

En effet, un doute légitime sur l'impartialité d'un participant suffit à caractériser un manquement à l'obligation d'impartialité^[32].

Ainsi, dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'État du 14 octobre 2015^[33], le rapporteur public Gilles Pellissier indiquait que : « Ni l'intérêt de la personne à l'issue de la procédure, ni son influence effective sur celle-ci ne peuvent être établis avec certitude. Il est seulement possible de relever des éléments tenant d'une part à ses liens avec l'un des candidats, d'autre part à son implication dans la procédure, dont la conjonction fait apparaître un risque suffisamment sérieux de ce que les candidats n'aient pas été traités sur un pied d'égalité. L'irrégularité de la procédure n'est donc pas subordonnée à la preuve de ce qu'un candidat a été avantagé ou désavantagé, mais de ce que la participation d'une personne ayant un intérêt particulier à l'issue de la procédure avec la possibilité de l'influencer permette légitimement de penser qu'il en a peut-être été ainsi. La CJUE souligne également que ne saurait peser sur le requérant la charge "de prouver la partialité concrète des experts nommés par le pouvoir adjudicateur", ce qu'il n'a pas les moyens de faire, mais seulement de présenter "des éléments objectifs mettant en doute l'impartialité d'un expert" ».

En toute hypothèse, les éléments qui fondent la décision de l'acheteur d'écarter une candidature doivent être « précis et circonstan-

26 CCP, art. L. 3124-3.

27 Concl., Gilles Pellissier, rapporteur public, sur CE 8 avril 2019, Commune de Cannes, n° 425373.

28 Mais vivement recommandé dans un souci de transparence et pour éviter toute ambiguïté.

29 Définis aux articles L. 2141-7 et suivants du CCP pour les marchés et L. 3123-7 et suivants pour les concessions.

30 CCP, art. L. 2141-11 pour les marchés et L. 3123-11 pour les concessions.

31 CE 25 novembre 2021, Collectivité de Corse, req. n° 454466.

32 CE 9 mai 2012, req. n° 355756.

33 CE 14 octobre 2015, Société Applicam, req. n° 390968, 391 105.

ciés »^[34] ; ce dernier ne pouvant se contenter d'évoquer « en termes généraux des manquements »^[35]. En réponse, si l'opérateur économique doit être mis en position d'établir qu'il ne relève pas des cas d'exclusion facultative, on peut imaginer que de simples observations ne suffiront pas à convaincre une personne publique suspicieuse. La production d'éléments probants est capitale afin d'éviter de sortir de la procédure avant son commencement. Se borner à contester l'interprétation des dispositions invoquées par l'acheteur n'est pas valable^[36].

3.2. La possible régularisation des offres irrégulières

Dans certaines hypothèses, un acheteur dispose de la faculté^[37] de régulariser une offre irrégulière.

En matière de marchés publics, le Code de la commande publique prévoit que, pour toutes les procédures, « l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet d'en modifier des caractéristiques substantielles »^[38].

Pour les concessions, le code ne prévoit pas d'équivalent. Dans sa décision, « Société Corsica Ferries » du 15 décembre 2006, toujours d'actualité, le Conseil d'État a jugé qu'une offre incomplète pouvait être régularisée en cours de négociation si son insuffisance ne fait pas obstacle à ce que soit appréciée la conformité de l'offre aux exigences du cahier des charges, et n'est pas susceptible d'avoir une influence sur la comparaison entre les offres et le choix des candidats.

Mais peut-on réellement parler de régularisation ? Dès lors que les conditions et caractéristiques

minimales ne sont pas respectées, l'offre est non seulement irrégulière, mais irrégularisable.

Si, en revanche, la non-conformité au DCE concerne une prescription qui ne constitue pas une « condition ou caractéristique intangibles que les offres devaient impérativement observer », il peut être soutenu :

- soit qu'elle est régulière et peut non seulement être admise à la négociation, mais prise en compte dans l'évaluation des offres^[39] ;
- soit qu'elle est irrégulière, mais susceptible de régularisation.

Dans tous les cas, la régularisation a ses limites. D'une part, et comme l'a rappelé le Conseil d'État, « il ne s'agit toutefois que d'une faculté, non d'une obligation »^[40]. D'autre part, la régularisation ne doit pas avoir pour effet de modifier les caractéristiques substantielles des offres, sous peine de constituer une « nouvelle offre »^[41].

Si dans ces conditions, il est permis de régulariser une offre, c'est donc qu'elle ne représente pas une menace justifiant son exclusion de plein droit. Elle comporte un risque qui peut être traité au travers d'une demande de régularisation. En revanche, si la régularisation d'une offre n'est pas possible, c'est qu'elle comporte par nature un danger. Sauf à changer cette nature (ce qui n'est juridiquement pas possible, car cela reviendrait à autoriser la remise d'une nouvelle offre), l'exclusion s'impose.

3.4. Le cas particulier des offres anormalement basses

Par ailleurs, le cas des offres anormalement basses (OAB) appelle un examen particulier. Il s'agit des offres « dont le prix est manifestement sous-évalué et de nature à compromettre la bonne exécution du marché »^[42]. Cette définition législative est d'ailleurs issue de la jurisprudence^[43].

34 CE 24 juin 2019, Département des Bouches-du-Rhône, req. n° 428866.

35 CAA Marseille, 7 décembre 2020, req. n° 19MA03655.

36 CE 24 juin 2019, Département des Bouches-du-Rhône, req. n° 428866.

37 La régularité est toujours une faculté : CE 21 mars 2018, Département des Bouches du Rhône, req. n° 415929.

38 CCP, art. R. 2152-2.

39 TA Nîmes ord., 21 janvier 2020, Société Mas Lombard Aménagement, n° 1904445.

40 CE 21 mars 2018, Département des Bouches du Rhône, req. n° 415929.

41 Voir TA Grenoble, 3 mars 2016, n° 1100882.

42 CCP, art. L. 2152-5.

43 CE 29 mai 2013, Ministre de l'Intérieur c/S¹⁶ Artéis, req. n° 366606 ; CAA Bordeaux, 9 octobre 2018, req. n° 16BX04004.

D'abord, l'acheteur est tenu de mettre « en œuvre tous moyens lui permettant de [les] détecter »^[44]. S'il manque à ses obligations, l'annulation de la procédure devient une possibilité^[45]. Pour prévenir un tel risque, solliciter des justifications sur la réalité des coûts exposés sur la viabilité économique de l'offre est une obligation. Cette demande doit être suffisamment claire et précise pour mettre l'opérateur en mesure de justifier pleinement et utilement le caractère sérieux de son offre^[46].

Le juge sanctionne la mise à l'écart automatique par un acheteur qui se serait dispensé de mettre en œuvre cette procédure contradictoire. Et c'est logique : une apparente sous-évaluation du prix *a priori* peut s'expliquer par de multiples facteurs : innovation, mutualisation des coûts, etc. Il serait dommage de s'en priver.

À l'issue de cette procédure obligatoire, et s'il estime toujours être en présence d'une OAB, l'acheteur est tenu de l'écartier dès lors qu'aucune mesure de régularisation n'est possible^[47]. Ayant vérifié la présence d'une menace pesant sur la bonne exécution de son contrat, il l'écarte automatiquement. À l'inverse, un acheteur ne peut se fonder sur le simple risque d'une OAB pour l'écartier.

On pourrait déceler dans le régime des OAB un certain principe de précaution. Mais force est de constater que la tendance actuelle de la jurisprudence administrative rend très difficile la caractérisation d'une offre anormalement basse, au détriment des acheteurs.

Pour exemple, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a estimé qu'un acheteur a commis une erreur manifeste d'appréciation en qualifiant une offre d'anormalement basse et en l'écartant quand bien même les justificatifs apportés par l'opérateur comportaient des erreurs matérielles et que les écarts de prix avec les attributaires des lots contestés étaient supérieurs à 35 %^[48].

44 CCP, art. L. 2152-6.

45 CE 29 mai 2013, Ministre de l'Intérieur, req. n° 366606.

46 CJUE 29 mars, 2012, SAG ELV Slovensko, aff. C-599/10.

47 CCP, art. L. 2152-6.

48 TA Paris ord., 28 octobre 2021, n°s 2121463/4 et 2121462/4 ; dans le même sens à propos d'un écart de plus de 37 % : CAA Paris, 22 janvier 2021, req. n° 18PA03106.

Les acheteurs sont ainsi potentiellement exposés au risque de devoir retenir une offre qui pourtant présente de sérieux doutes sur sa viabilité. Ce d'autant qu'un opérateur écarté de manière injustifiée pour une OAB est fondé à demander l'indemnisation de son manque à gagner^[49].

Si parfois on peut regretter la paralysie résultant d'une application trop stricte d'un principe de précaution, dans le domaine des offres anormalement basses, il serait salutaire d'aller vers plus de précautions pour ne pas sacrifier la garantie d'une bonne exécution des contrats publics sur l'autel de l'expression de la concurrence.

4. Principe de précaution et jugement des candidatures et des offres

4.1. Sur la difficulté à identifier des candidatures risquées : l'absence d'un réel principe de précaution au stade de l'analyse des candidatures

Se prémunir d'un « mauvais » co-contractant passe naturellement par la sollicitation de références. La logique est finalement la même sur le marché du travail qu'en appels d'offres de la commande publique : on désire pour soi celui qui a prouvé sa valeur par le passé.

D'emblée, rappelons qu'il a déjà été jugé par la Cour administrative d'appel de Nancy que les références ne sauraient être prises en compte au stade de l'analyse des offres^[50]. Ce principe a été rappelé plus récemment par celle de Marseille, qui avait été invitée à se prononcer sur la régularité de commentaires du rapport d'analyse des offres révélant une prise en compte des conditions d'exécution d'un marché antérieur dont le candidat en question était titulaire^[51].

Par défaut, elles doivent donc l'être lors de l'analyse des candidatures. Dans ses conclusions sous l'arrêt « Commune de Cannes » du 8 avril 2019^[52], Gilles Pellissier écrivait ainsi que :

49 CE 13 novembre 2020, req. n° 432791.

50 CAA Nancy, 5 août 2010, Communauté de communes Pays de Lure, req. n° 09NC00016.

51 CAA Marseille, 10 juillet 2019, Société Bureau européen d'assurance hospitalière, req. n° 18MA05507.

52 CE 8 avril 2019, Commune de Cannes, req. n° 425373.

« La distinction entre les capacités des candidats à exécuter le contrat et les offres repose sur l'idée que l'achat public porte sur des prestations et non sur la personne qui les réalise et que la procédure de mise en concurrence a pour finalité de sélectionner le plus objectivement possible l'offre la plus avantageuse.

Les considérations liées à la personne du prestataire ne doivent donc être prises en compte qu'à un stade antérieur à la sélection des offres, pour que l'acheteur puisse s'assurer de manière générale que les candidats disposent des capacités techniques, professionnelles, économiques et financières d'exécuter le contrat, y compris des capacités particulières qu'il a pu exiger à condition qu'elles soient non discriminatoires et justifiées par l'objet du contrat. Cette vérification peut donner lieu à une première sélection des candidatures qui seront admises à concourir ou s'effectuer à la fin du processus, avant l'analyse des offres. **Mais une fois les capacités des candidats vérifiées, le processus de sélection ne porte plus que sur les offres, par application des critères d'évaluation de leurs mérites ».**

Et le Conseil d'État de préciser la possibilité de retenir, au stade de l'examen des offres : « des critères relatifs à la qualification et à l'expérience des personnels affectés à l'exécution des prestations mêmes qui font l'objet de la concession », à l'exclusion tout critère « tenant aux capacités générales de l'entreprise »^[53]. Ainsi, on recommandera de prendre en compte le niveau d'expérience des personnes en charge des prestations, pour autant qu'elles puissent être identifiables par les opérateurs dès le stade des candidatures^[54].

Doit aussi être mentionnée la possibilité dont dispose l'acheteur d'imposer des conditions de participation aux candidats^[55]. Celles-ci ne peuvent que viser à garantir que l'entrepreneur dispose bien des capacités professionnelles, économiques, financières et techniques pour exécuter le marché. Ces conditions, éventuellement posées sous la forme de niveaux minimaux de capacité, doivent être liées et proportionnées à l'objet du contrat ou à ses conditions

d'exécution. Ainsi, l'évaluation précise du montant estimé du contrat est capitale en vue d'apprécier la capacité des candidats voire de fixer des niveaux minimums de capacité adéquats^[56].

Il en va de même pour la passation des contrats de concession, à ceci près que lorsqu'il s'agit d'une délégation de service public, ces conditions de participation peuvent porter, de manière plus précise, sur l'aptitude des candidats à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant ce service^[57].

Par ailleurs, si l'administration doit s'assurer que l'opérateur possède les qualifications professionnelles requises dès lors que les prestations relèvent d'un secteur réglementé^[58], elle ne saurait en fixer de manière abusive pour des activités qui ne le sont pas^[59].

Pour donner des exemples concrets, l'administration vérifie par exemple dans le domaine des transports, la transmission de copies des autorisations, attestations, certificats donnant droit à l'exercice de la profession de transporteur public routier. Il en va de même dans le domaine de l'eau potable où l'autorité concédante vérifie la capacité du candidat au moyen de la production d'habilitations justifiant de sa capacité à prévenir les actes de malveillance et à respecter ses obligations légales et réglementaires de sécurité notamment en matière de système d'information en tant qu'opérateur d'importance vitale. Ou encore dans le domaine de la construction, un acheteur ne pouvant attribuer une prestation de conception et d'exécution d'ouvrage à un groupement composé d'un contrôleur technique dès lors que la loi l'interdit^[60].

Récemment, le juge des référés du tribunal administratif de Paris a validé la décision d'un acheteur d'éliminer au stade des candidatures un opérateur au motif pris « que la preuve des capacités professionnelles correspondantes était trop peu rapportée puisque les

53 CE 8 avril 2019, Commune de Cannes, req. n° 425373.

54 Voir pour le niveau d'expérience du gérant : CAA Nantes, 6 juillet 2018, S¹⁶ Valeurs culinaires, req. n° 17NT01247.

55 En vertu de l'article L. 2142-1 du CCP.

56 CE 13 juin 2016, Société Latitudes, req. n° 396403 : sur le caractère disproportionné du montant minimal de CA annuel attendu.

57 En vertu de l'article L. 3123-18 du CCP.

58 CE 4 avril 2018, Société Altraconsulting, req. n° 415946.

59 CE 30 juin 2004, Ministre de l'Équipement des Transports, du Logement, du Tourisme et de la Mer, req. n° 261919.

60 CE 27 avril 2021, Ville de Paris, req. n° 447221.

documents remis pour ces trois compétences n'étaient étayés par la production d'aucun document suffisamment précis, qu'il s'agisse des certificats de qualification professionnelle, des curriculum vitæ des intervenants ou des références dans les domaines considérés ». L'insuffisance de production des éléments probants peut être fatale, notamment si l'acheteur a prévu de réduire le nombre de candidats invités à participer à la suite de la procédure⁶¹.

En somme, une sélection précise et sérieuse des candidats concourt ainsi à l'application d'un principe de précaution visant *in fine* à choisir le meilleur opérateur possible et à sécuriser l'exécution du contrat. Cependant, là encore, l'état actuel du droit et de la pratique ne va pas dans le sens d'un strict principe de précaution du fait de la priorité donnée à l'expression de la concurrence la plus complète.

Soulignons ici que l'élimination du candidat ne saurait se fonder essentiellement par l'absence de références relatives à l'exécution d'un contrat de même nature⁶².

Également, rappelons que le rejet d'une candidature ne peut se fonder sur la seule considération d'une mauvaise exécution d'un précédent contrat, sans examen des autres éléments du dossier qui peuvent démontrer que l'entreprise présente en fait toutes les garanties souhaitables⁶³.

Enfin, force est de constater qu'en pratique, il est relativement rare que des opérateurs soient écartés au stade de la candidature.

4.2. Analyser les offres : à la recherche de l'équilibre entre des critères exigeants et l'obligation de tangibilité de la preuve avancée

4.2.1. L'obligation d'exiger des éléments tangibles pour ne pas juger sur le déclaratif

Ce principe découle d'une jurisprudence communautaire ancienne, mais n'est ancré de manière stable en droit interne que depuis un arrêt du Conseil d'État « Société Autocars de

l'île de Beauté ». Il y était jugé que « lorsque, pour fixer un critère d'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur prévoit que la valeur des offres sera examinée au regard d'une caractéristique technique déterminée, il lui incombe d'exiger la production de justificatifs lui permettant de vérifier l'exactitude des informations données par les candidats »⁶⁴.

Ainsi qu'il en ressort des conclusions du rapporteur public Olivier Henrard sur un arrêt « Communauté d'agglomération du centre littoral » rendu l'année suivante, la décision « Société Autocars de l'île de Beauté » n'a pas pour portée de « consacrer une obligation générale de vérification de l'exactitude des offres », mais seulement, quand une exigence technique précise est formulée et qu'elle a une incidence sur l'appréciation des offres, d'imposer un contrôle effectif de l'exactitude des déclarations des candidats⁶⁵.

Cette ligne jurisprudentielle a trouvé une application concrète, qui nous intéresse particulièrement en vue de prévenir le risque de mauvaise exécution et de définir un principe de précaution : l'évaluation de la qualité du service. Ainsi que l'a rappelé la rapporteure publique Mireille Le Corre « [...] l'analyse de la valeur technique d'une offre doit permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier les moyens que le candidat envisage de consacrer à la réalisation des prestations. Elle ne peut reposer sur de simples affirmations dénuées de justifications »⁶⁶.

On peut y voir la caractérisation d'un certain principe de précaution.

À cet égard, lors de la rédaction du dossier de consultation des entreprises, l'acheteur ou l'autorité concédante doit prendre le soin de demander la production des documents adéquats. Autrement dit, de ceux qui permettront de porter un regard éclairé sur les caractéristiques qu'il ou elle a exigées.

61 CCP, art. 2142-15.

62 CE 16 juin 2015, Commune de Montpellier, req. n° 388596 ; CCP, art. R. 2142-14.

63 CE 27 janvier 2011, C^{ne} Ramatuelle, req. n° 338285 ; CE 10 juin 2009, Région Lorraine, req. n° 324153 ; CAA Bordeaux, 10 février 2009, req. n° 07BX02387.

64 CE 9 novembre 2015, Société Autocars de l'île de Beauté, req. n° 392785.

65 Concl., Olivier Henrard, rapporteur public sur CE 22 juillet 2016, Communauté d'agglomération du centre littoral et autres, req. n°s 396597, 396633.

66 Concl., Mireille Le Corre, rapporteure publique, sur CE 22 novembre 2019, Société Autocars Faure, Société Cars Annequin, req. n°s 418460, 418461.

4.2.2. Juger de la pertinence des délais : interroger concrètement leur réalisme pour (dé) valoriser les offres

S'agissant plus particulièrement de la pertinence des délais proposés par les candidats, plusieurs remarques s'imposent.

D'abord, on rappellera que les acheteurs ont « l'obligation juridique de départager des offres sur la base d'engagements concrets et vérifiables » comme l'a justement analysé Nicolas Ferré⁶⁷. Cet auteur livrait à l'époque l'analyse selon laquelle « le principe posé par l'arrêt Société Autocars de l'île de Beauté ne surprend guère tant, depuis plusieurs années, la question de la crédibilité et de la sincérité des engagements occupe une place importante dans le droit de la commande publique »⁶⁸.

Sachant cela, que faire alors face à un candidat dont le délai semble audacieux, si ce n'est carrément intenable ? Ce même auteur invitait à reprendre la position adoptée par le Conseil d'État de Belgique qui avait jugé que « lorsque le délai d'exécution constitue un critère d'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur peut – et doit – apprécier le caractère réaliste des délais offerts, afin d'attribuer le plus de points au délai réaliste le plus court » et que « lors l'analyse des offres, le pouvoir adjudicateur peut, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, noter moins favorablement [...] les offres qui présentent un délai jugé irréaliste, pour des raisons objectives »⁶⁹.

Dès lors, sous réserve de le faire pour des raisons objectives bien entendu, un principe de précaution impliquerait qu'un acheteur public ou une autorité concédante prévoit d'évaluer la crédibilité des engagements pris. Tant l'acheteur que le cocontractant peuvent avoir à y gagner tant les conséquences en termes de retard d'exécution peuvent être lourdes pour les parties.

Mais comment concilier cette position avec l'analyse du rapporteur public Gilles Pellissier selon laquelle « l'importance du risque auquel on s'expose ne peut révéler la capacité à l'éviter qu'à la condition que la réalisation de ce

risque en cas de survenance de son fait générateur soit certaine »⁷⁰.

On pourrait comprendre de ces termes qu'un risque de retard ne peut justifier une dévalorisation d'une offre que s'il est certain. Autrement dit, un risque éventuel ne pourrait être pris en considération, car insusceptible de révéler la capacité à l'éviter et *in fine* la qualité intrinsèque de l'offre.

Toute la difficulté réside alors dans la qualification de cette certitude.

Une autre manière de voir les choses serait alors de considérer que si la potentialité d'un risque ne peut être prise en considération, car l'acheteur ne peut nier l'engagement pris par un opérateur de respecter un délai, les moyens proposés et justifiés pour prévenir et traiter ce risque peuvent l'être.

À cet égard, dans ses conclusions sous l'arrêt « Commune de Cannes » du 8 avril 2019⁷¹, le rapporteur public Gilles Pellissier mentionne que : « Il convient cependant de veiller à ce que sa mise en œuvre ne se traduise pas par une conception excessivement rigide de la notion de capacités des candidats, qui aboutirait à évacuer de l'appréciation des mérites des offres toute considération relative aux moyens matériels et humains que les candidats se proposent d'affecter à l'exécution du contrat. Une telle conception serait particulièrement néfaste pour la passation des contrats qui ont pour objet de confier l'exécution d'un service, et spécialement d'un service public, où la qualité du service rendu aux usagers tient, bien qu'à des degrés divers selon l'objet du service, aux compétences des personnes physiques qui l'exécutent ».

Ainsi, dans sa décision « Société Latitudes » du 13 juin 2016⁷², le Conseil d'État jugeait que : « [...] s'il est loisible au pouvoir adjudicateur de retenir au stade de l'examen de la valeur intrinsèque des offres, à la condition qu'ils soient non discriminatoires et liés à l'objet du marché, des critères relatifs aux moyens en personnel et en matériel affectés par le candidat à l'exécution des prestations mêmes qui font l'objet du marché, afin d'en garantir la qualité technique, il résulte des dispositions précitées du code des marchés publics qu'il ne peut, en

67 Nicolas Ferré, « Obligation d'assortir les critères d'exigences permettant un contrôle des engagements : vers la fin du "miroir aux alouettes" ? », *Contrats publics*, n° 167, juillet-août 2016.

68 *Ibid.*

69 Conseil d'État de Belgique, 7 mai 2013, SA Socogetra, n° 223427.

70 Concl., Gilles Pellissier, rapporteur public sur CE 9 novembre 2018, Société Savoie.

71 CE 8 avril 2019, Commune de Cannes, n° 425373, *précité*.

72 CE 13 juin 2016, Société Latitudes, req. n° 396403.

revanche, se fonder sur des critères portant sur les capacités générales de l'entreprise qu'au stade de l'examen des candidatures ».

Dans notre tentative de définition d'un principe de précaution en commande publique, il nous semble ainsi qu'il doit se focaliser avant tout sur les moyens mis en œuvre par les opérateurs et leurs justifications.

Cet intermédiaire nous paraît plus acceptable si l'on cherche une définition raisonnable d'un principe de précaution en commande publique. Elle permet de sécuriser le choix de l'attributaire sans tomber dans une précaution excessive de nature à fragiliser une procédure de mise en concurrence, car difficilement objectivable. À cet égard, l'enjeu est de ne pas conférer à l'acheteur une liberté de choix inconditionnée^[73] au motif pris d'un principe de précaution.

Elle n'empêche pour autant pas l'acheteur, au stade de l'exécution, de prendre la décision de résilier le contrat sans attendre que les retards ne s'allongent^[74]. Ainsi, un risque prévisible de retard, en ce qu'il fait peser une menace sérieuse sur la bonne exécution d'un contrat peut être sanctionné. Il est évident qu'il est préférable de l'éviter en amont, au stade de l'analyse des offres, en exigeant des justifications permettant de juger de la crédibilité des engagements pris.

Là encore, et au risque de se répéter, s'assurer d'engagements contraignants et vérifiables est essentiel sous peine de créer une rupture d'égalité entre les candidats^[75].

4.3. Comment traiter une offre exposant à un « risque social » ?

Privilégiant la productivité d'une offre et sa compétitivité financière, des opérateurs (éventuellement incités par la pondération des critères de jugement des offres), peuvent proposer des

conditions sociales potentiellement difficilement acceptables par les salariés concernés. C'est alors un risque de grève et de rupture de continuité du service qui est induit par cette offre.

Comment anticiper cette difficulté ou la gérer au stade de l'analyse des offres sans tomber dans un principe de précaution trop stricte qui nous semble fragile juridiquement ?

Une dimension sociale peut faire-partie intégrante du choix de l'offre qui présente le meilleur avantage économique global pour le pouvoir adjudicateur.

L'article L. 3124-5 du Code de la commande publique dispose que :

« Le contrat de concession est attribué au soumissionnaire qui a présenté la meilleure offre au regard de l'avantage économique global pour l'autorité concédante sur la base de plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du contrat de concession ou à ses conditions d'exécution. Lorsque la gestion d'un service public est concédée, l'autorité concédante se fonde également sur la qualité du service rendu aux usagers. Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée à l'autorité concédante et garantissent une concurrence effective. Ils sont rendus publics dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État. Les modalités d'application du présent article sont prévues par voie réglementaire ».

Dans ses conclusions sous l'arrêt de 20 décembre 2019^[76], la rapporteure publique Mireille Le Corre mentionnait que :

« Non seulement nous pensons donc que la similarité de l'évolution et du contenu des textes sur les marchés et les concessions, malgré leurs nuances, vous conduit à adopter pour les concessions une interprétation proche, autorisant les critères sociaux sous la condition du lien avec l'objet du marché, entendu largement, c'est-à-dire incluant les conditions de son exécution. Mais nous pensons même que cette interprétation s'impose *a fortiori* pour les concessions, car la notion d'avantage économique global conduit, plus encore que celle d'offre économiquement la plus avantageuse, à une prise en considération des impacts sociaux et économiques d'une activité ».

Cette dimension sociale doit pouvoir être prise en compte pour analyser l'avantage économique global que le pouvoir adjudicateur retire

73 CJCE 17 décembre 2002, Concordia Bus Finland, aff. C-513/99, §61 ; CJUE 10 mai 2012, Comm c/Pays-Bas, aff. C-368/10, §87-88.

74 CE 13 novembre 2019, Société Entreprise Georges Cazeaux, req. n° 417176 : Bien que cette décision s'appuie sur le constat de retards d'ores et déjà constitués, le Conseil d'État a clairement intégré dans son raisonnement, afin d'apprécier l'ampleur de l'obligation contractuelle enfreinte, les conséquences potentielles d'un retard supplémentaire à ce stade seulement prévisible (« s'il se prolongeait »).

75 Concl., Gilles Pellissier, rapporteur public sur CE 8 avril 2019, Commune de Cannes, req. n° 425373.

76 CE 20 décembre 2019, req. n° 428290.

des offres qui sont soumises et pour valoriser la performance des offres sur ce point.

Ainsi que l'a souligné Gilles Pellissier, « Une offre est économiquement plus avantageuse lorsqu'elle répond le mieux aux besoins du pouvoir adjudicateur, en termes quantitatifs (notamment le prix), mais aussi qualitatifs, ce que les critères esthétique, environnemental ou social permettent de révéler. »^[77].

En revanche, la définition des modalités de prise en compte de cet aspect dans le jugement des offres ou leur mise en pratique peut s'avérer délicate.

Des acheteurs peuvent choisir d'élaborer un critère ou un élément d'appréciation qui permettrait de valoriser un mieux-disant social.

Dans cette hypothèse, les précautions suivantes devraient, selon nous, être suivies :

- Ne pas induire de discrimination ou avantage au bénéfice de l'exploitant sortant^[78] ;
- S'assurer que les éléments pris en compte ne sont pas dépourvus de lien avec l'objet du contrat^[79] ;
- Ne pas conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix ;
- Affecté d'un poids raisonnable tout critère ou sous-critère dont l'objet serait ainsi social^[80] ;

77 Gilles Pellissier, « À quelles conditions le critère social peut-il être utilisé pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse ? », *BJCP*, n° 89, 2013, p. 269.

78 CJCE 26 septembre 2000, Commission c/France, aff. C-225/98.

79 CE 20 décembre 2019, Société EDEIS, req. n° 428290.

80 Voir la doctrine suivante, certes ancienne, mais qui n'a pas été remise en cause : Catherine Bergeal, « Les clauses sociales dans le code des marchés publics », *Contrats publics*, n° 122, juin 2012 ; Marie-Laure Gély, « L'article 53 du CMP et le critère social d'attribution des marchés publics », *Contrats publics*, n° 122, juin 2012 : « La pondération du critère social doit être modérée voire faible. En effet, tout en restant en lien avec l'objet du marché, il ne doit pas porter atteinte à l'égalité de traitement des candidats. Précisément, il convient de n'attribuer à la notation de la performance sociale qu'une pondération inférieure à 20 %. Entre 15 % et 20 %, le pourcentage est significatif et donc à l'intérêt d'indiquer l'importance accordée par le pouvoir adjudicateur au critère d'insertion professionnelle des publics en difficulté. ».

• Un critère ou élément d'appréciation ne peut porter sur la conformité de l'offre à une exigence. Il doit pouvoir faire l'objet d'une appréciation consistant à attribuer une valeur à la prestation^[81]. Il doit être lié à la valeur intrinsèque technique des offres, propre à identifier la meilleure modalité d'exécution du contrat et révélatrice des moyens qui seront mis en œuvre^[82] ;

• Prévoir de départager les soumissionnaires sur la base d'engagements concrets et vérifiables ;

• Ne doit pas prendre en compte un risque purement hypothétique^[83]. Le risque doit être certain^[84] ;

Une solution alternative, qui a notre préférence, serait de rattacher l'analyse de ce risque social à un critère lié à la qualité de service.

Il serait ainsi demandé aux soumissionnaires des engagements vérifiables et sanctionnables pour assurer la qualité et la continuité du service dans le cadre de sa gestion du personnel (par exemple : mesures concrètes pour limiter le nombre de grèves, pour sortir de toute situation de grève). Il pourrait alors être mentionné dans le dossier de la consultation que seront évaluées au titre d'un critère « qualité du service », la qualité, la pertinence et la crédibilité des engagements en la matière.

Le contrat remis aux soumissionnaires devrait alors en cohérence intégrer un dispositif de contrôle et de pénalisation particulier.

Si l'on ajoutait à l'article L. 3 du Code de la commande publique à côté des principes de transparence et d'égalité de traitement, un principe de précaution, qui pourrait d'ailleurs être le corollaire des autres principes d'efficacité de la commande publique et de bonne utilisation des deniers publics, il n'obligerait pas à écarter ou dévaloriser une candidature ou une offre au seul motif qu'elle comporte un risque éventuel.

81 Voir Concl. de Bertrand Dacosta, rapporteur public, sur CE 2 août 2011, req. n° 348711.

82 Concl. de Gilles Pélissier sous CE 9 novembre 2018, req. n° 413533, *préc.*

83 Cf. par extension : sur la non-prise en compte de tout événement présentant cette caractéristique : par exemple : TA Lille, 26 janvier 2021, SAS SECLIN A 1 EST 2016, n° 1811800 ; TA Versailles, 18 décembre 2009, n° 0910983 ; TA Paris, 9 avril 2015, n° 1504843.

84 Cf. Concl. de Gilles Pélissier sous CE 9 novembre 2018, req. n° 413533.

Certes les conséquences de la réalisation d'un risque peuvent être graves. Mais elles ne doivent pas pour autant inhiber une administration qui, partant d'une attitude légitimement précautionneuse, en deviendrait totalement peureuse.

En vue de prévenir le choix d'un tel repli sécuritaire tout aussi dangereux en présence du moindre doute, les acheteurs et les autorités concédantes peuvent être invités à prévoir une analyse préalable des risques et des menaces au moment de la définition de leur besoin et de l'élaboration de leur dossier de consultation.

On peut également préconiser de faire preuve de mesure dans l'analyse des candidatures et des offres en distinguant ce qui relève d'un risque incertain d'une véritable menace.

Aussi, la mise en œuvre de procédures contradictoires invitant les opérateurs à préciser, clarifier, compléter ou justifier leur candidature et leur offre peut constituer un outil efficace pour évaluer le plus précisément possible un risque ou une menace et éviter l'application d'un principe de précaution qui nous paraîtrait inadapté.

Quant aux opérateurs, connaître ces méthodes d'évaluation du risque et *in fine* la portée et les limites de ce qui relèverait ainsi d'un principe de précaution dans la commande publique, doit leur servir dans l'élaboration de leur stratégie commerciale et l'appréciation de la régularité des décisions des acheteurs et des autorités concédantes qui invoqueraient, sous l'angle de la précaution, la fragilité de leur candidature ou de leur offre.

Solène Bernard*Avocate au Barreau de Paris, Cabinet Cabanes Avocats***Hugo Thouvenin***Juriste, Cabinet Cabanes Avocats*

CCP 2022-39-2

Envolée des prix des matières premières : un exemple de gestion des risques

1. Informer sur la hausse du prix des matières premières

1.1. Une hausse conséquente sur laquelle a alerté l'administration

72 %. Soit le pourcentage d'augmentation annuelle du prix des métaux par rapport à leur niveau d'avant-crise. Avec un maximum à 116 % pour le minerai de fer^[1]. Le prix de l'énergie n'est pas en reste, avec notamment une hausse de 41 % entre décembre 2020 et octobre 2021 s'agissant du prix à la consommation du gaz^[2]. La dynamique de la reprise, la transition énergétique, le prix de l'énergie sont autant de facteurs qui tirent ces prix.

Très récemment, l'invasion de l'Ukraine par la Russie a entraîné une envolée inédite des cours des matières premières. En effet, le 24 février 2022, le prix du pétrole dépassait les 100 dollars le baril, celui de l'aluminium approchait les 3 400 dollars la tonne, et le prix du gaz naturel bondissait de 30 %. Dans le même sens, le prix des matières premières agricoles (blé, soja, colza) atteignait des records^[3].

Cette tendance haussière du cours des matières premières impacte directement les marchés de l'administration.

Le Gouvernement n'ignore pas le sujet. Le Premier ministre s'en est lui-même saisi cet été en donnant des consignes claires à son administration susceptibles de s'étendre aux établissements publics nationaux^[4]. De son côté, la Direction des affaires juridiques de Bercy (DAJ) a récemment actualisé sa fiche technique consacrée au sujet^[5]. Ce positionnement témoigne de l'importance de la question. Elle n'en demeure pas moins un potentiel casse-tête pour les acheteurs et les opérateurs, qu'il s'agisse de marchés en cours d'exécution ou dont la passation est envisagée. Cet article se propose d'éclairer le sujet au travers d'une démarche de gestion d'un risque qui se réalise.

1.2. Connaître les conséquences des risques

La connaissance de cette conjoncture est une chose. Celle de ses conséquences potentielles en est une autre, et gérer la réalisation d'un tel risque suppose d'en appréhender au mieux les effets.

De leur côté, les cocontractants des acheteurs publics doivent composer avec des retards d'approvisionnement, si ce ne sont des pénuries, coupables de retards d'exécution préjudiciables. Ainsi, le risque de supporter des pénalités de retard devient réel.

En outre, les résultats de ces opérateurs sont susceptibles de se retrouver directement impactés par une chute mécanique de la marge attendue si aucun mécanisme contractuel n'a été prévu lors de la conclusion

1 M. Stuermer and N. Valckx, « Four Factors Behind the Metals Price Rally », 8 juin 2021.

2 INSEE, Note de conjoncture, « La hausse des prix de l'énergie pèse sur le budget des ménages », 14 décembre 2021.

3 La Tribune, « L'invasion de l'Ukraine par la Russie fait flamber les marchés de matières premières », 24 février 2022 ; le Monde, « Guerre en Ukraine : les prix du pétrole, du blé et de l'aluminium s'envolent, les Bourses s'effondrent », 24 février 2022.

4 Circulaire n° 6293/SG du 16 juillet 2021.

5 DAJ, Fiche technique « Les marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières », 18 février 2022.

MOTS CLÉS

Matières premières
Prix définitifs
Modification contractuelle
Bonne foi
Imprévision

du contrat. Cette situation peut entraîner les entreprises concernées à vendre à perte et conduire au renchérissement du coût d'exécution des marchés publics. Dans le pire des cas, et sans réaction de leur part, la santé financière des opérateurs économiques risque de s'en trouver affectée.

Les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas en reste. D'abord, on l'a vu, la conjoncture actuelle menace les délais de réalisation de nombreux projets, et les conséquences varient en fonction de la nature du marché. Sur des travaux publics d'infrastructure de transport, dont l'objet est de fluidifier les flux, ce qui peut paraître un simple enjeu d'image auprès des contribuables est susceptible de devenir un enjeu politique auprès des électeurs. Mais d'autres risques sont bien évidemment présents : augmentation du prix du marché, indemnisation de l'opérateur, et éventuellement résiliation... On y reviendra.

2. Anticiper le risque lors de la préparation du contrat

2.1. L'introduction des clauses contractuelles souples : prévoir la révision du prix

Plutôt que de subir la réalisation de ce risque, il est préférable de l'anticiper, notamment si la hausse n'est pas telle qu'elle ait été totalement imprévisible au moment de la conclusion du contrat, et notamment lors de la fixation de son prix.

Par principe, les marchés sont conclus à prix définitifs, ce qui s'oppose en principe à toute modification⁽⁶⁾. Le prix constitue, en effet, un élément décisif du marché qui doit être précisément déterminé dans le cadre de la mise en concurrence⁽⁷⁾. Pour autant, le caractère définitif des prix n'exclut pas leur caractère révisable pour tenir compte des variations économiques, ou actualisable s'il s'agit de prix fermes⁽⁸⁾.

6 CE 2 novembre 1975, *Entreprise Py*, req. n° 93297 : « le caractère définitif des prix stipulés au marché s'oppose en principe à toute modification ».

7 Voir par exemple : Rép. min. à QE n° 494, *JOAN* 1^{er} avril 2014, p. 3034 : « La forme et le régime des prix jouent un rôle déterminant dans l'établissement des offres et dans la concurrence entre entreprises ».

8 CCP, art. R. 2112-7 et s.

Or, dès que les parties « sont exposées à des aléas majeurs du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations », le marché doit être conclu à prix révisable⁽⁹⁾. Davantage, si le marché est d'une durée supérieure à trois mois, et nécessite « le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux », sa clause de révision doit inclure *a minima* une référence aux indices officiels de fixation de ces cours.

La révision du prix relève de la catégorie des modifications résultant « de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix, ou d'options claires, précises et sans équivoque » autorisées à l'article R. 2194-1 du Code de la commande publique. Il va de soi que la clause de variation du prix doit, elle aussi, être claire, précise et sans équivoque. Elle doit prévoir tant les modalités de calcul de la révision⁽¹⁰⁾ que la périodicité de sa mise en œuvre.

Comme le prix, la formule de révision est réputée intangible et ne peut par suite être modifiée par voie d'avenant dès lors que les conditions de mise en concurrence s'en trouveraient modifiées⁽¹¹⁾. Anticiper l'évolution des prix est donc une affaire de rédaction minutieuse en amont. S'y soustraire est, en outre, constitutif d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence dès lors que la clause de révision était obligatoire⁽¹²⁾.

9 CCP, art. R. 2112-13.

10 Ses modalités de calcul sont encadrées par voie réglementaire : CCP, art. R. 2112-13.

11 Rép. min. n° 494, *JOAN* 1^{er} avril 2014, p. 3034. Il est à noter qu'un arrêt du Conseil d'État a considéré que les dispositions de l'ancien code des marchés publics « n'ont ni pour objet ni pour effet de faire par principe obstacle à ce que les parties à un marché conclu à prix définitif puissent convenir par avenant, en particulier lorsque l'exécution du marché approche de son terme, de modifier le mécanisme d'évolution du prix définitif pour passer d'un prix révisable à un prix ferme » (CE 20 décembre 2017, *Société Area Impianti*, req. n° 408562), néanmoins il s'agissait de circonstances particulières, comme le relève la DAJ dans sa fiche, la modification étant intervenue en fin d'exécution du marché et dans un sens favorable à l'acheteur (voir aussi : Rép. min. n° 40503, *JOAN* 26 octobre 2021, p. 7835).

12 CE 9 décembre 2009, Département de l'Eure, req. n° 328803 ; TA Guadeloupe, 22 juillet 2011, *Sita Verde*, n° 1100564.

Ainsi, ne pas anticiper la révision du prix est aussi imprudent qu'interdit. Au risque de la mauvaise exécution s'ajoute alors le risque contentieux.

À défaut d'une telle clause, la jurisprudence ne permet pas de faire preuve d'autant d'adaptation face à une telle modification des conditions d'exécution du contrat. Et le cocontractant risque d'avoir du mal à convaincre la personne publique de l'indemniser.

2.2. Des indemnités sur le fondement de l'imprévision ou de la force majeure difficile à justifier

Une rédaction peu diligente du marché peut conduire les opérateurs à solliciter la résiliation ou l'indemnisation sur le fondement de la force majeure ou de la théorie de l'imprévision. Il résulte de la jurisprudence que cette démarche est aussi risquée qu'incertaine.

D'abord, si le titulaire d'un marché peut toujours solliciter la résiliation du contrat avec indemnité sur le fondement de la force majeure^[13], il est hautement improbable qu'il l'obtienne. La question du caractère temporaire ou définitif de l'imprévision en cause, à savoir la hausse des prix, est en jeu. Son effet sur l'équilibre du contrat aussi. Mais il s'agit avant tout de se demander si une telle hausse des prix était imprévisible et irrésistible.

Or, subsiste dans l'état du droit positif une décision du Conseil d'État « Société Propétrol » selon laquelle l'augmentation substantielle du cours des matières premières lors du 1^{er} choc pétrolier ne constituait pas un cas de force majeure dès lors que le cocontractant n'était pas matériellement empêché d'exécuter les prestations^[14].

On ne voit pas pourquoi la solution changerait, d'autant que l'augmentation actuelle est sans comparaison avec celle de 500 % qu'a pu connaître le baril à cette époque. En tant qu'opérateur, opter pour l'arrêt des prestations en vue d'obtenir la résiliation pour cas de force majeure revient en réalité à s'exposer à un risque de résiliation aux frais et risques.

Ensuite, le titulaire d'un marché pourra évidemment solliciter une indemnité sur le fondement

de la théorie de l'imprévision^[15], aujourd'hui inscrite au 3^o de l'article L. 6 du Code de la commande publique selon lequel « lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ». Si la Direction des affaires juridiques évoque cette possibilité, et que la décision de principe qui la fonde traite de la hausse du prix du charbon, une telle indemnisation est loin d'être garantie.

D'une part, le caractère stable de la hausse, dans un contexte inflationniste, pourrait remettre en cause le caractère prévisible. Et sa constance, le critère temporaire. Vient ensuite la question du bouleversement de l'équilibre du contrat. Est-ce un seuil de 5 % ? 10 % ? 20 % ? Les décisions du juge en la matière varient^[16]. Enfin, le critère de l'extériorité aux parties ne semble pas acquis dans le cas où elles ont volontairement omis d'inclure une clause de révision, ou de la rédiger de manière adéquate.

L'analyse du rapporteur public Gilles Pellissier est claire s'agissant du lien de causalité directe entre le bouleversement du contrat et l'événement imprévu : rien ne doit s'interposer. Ainsi, il

15 CE 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, req. n° 59928.

16 Il a pu être jugé que n'était pas en mesure d'emporter le bouleversement de l'économie du marché, des charges supplémentaires ayant occasionné à l'entreprise un préjudice représentant environ 3 % du montant du marché (CE 30 novembre 1990, Société Coignet entreprise, req. n° 53636), 4,07 % du montant du marché (CAA Marseille, 16 février 2015, Société Cometra, req. n° 13MA01558), 5 % du montant du marché (CAA Nantes, 28 juin 2007, S^{te} Sacer Atlantique, req. n° 06NT01848 ; CAA Lyon, 9 mai 2019, Commune de Saint Egreve, req. n° 17LY00355), 8 % du montant du marché (CE 11 juillet 2008, Ville de Paris, req. n° 312354), 11,3 % du montant du marché (CE 1^{er} juillet 2015, Société Sud Terrassement, req. n° 383613), 13,9 % du montant du marché (TA Paris, 19 mai 2011, n° 1016481).

À l'inverse a été considérée comme susceptible de bouleverser l'économie d'un marché, la charge supplémentaire, emportant un préjudice pour l'entreprise de l'ordre de 12,8 % du montant du marché (CAA Nantes, 30 décembre 2009, req. n° 09NT00763), une augmentation du montant initial du marché de 50 % (TA Cergy Pontoise, 7 mai 2019, req. n° 1808664), ou encore un surcoût généré par l'augmentation du prix du carburant, supérieur à 7 % du marché (CAA Marseille, 17 janvier 2008, Société Altagna, req. n° 05MA00492).

13 CE 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, req. n° 89655.

14 CE 5 novembre 1982, Société Propétrol, req. n° 19413.

estime que « l'indemnité d'imprévision n'est due que si les difficultés économiques de ce dernier sont causées par l'événement imprévisible et dans cette mesure seulement. Cette exigence de causalité directe découle de l'objet de l'indemnité d'imprévision, qui est de compenser la charge extra-contractuelle provoquée par le bouleversement imprévisible de l'équilibre du contrat, afin de permettre à son titulaire d'en poursuivre l'exécution. Il ne s'agit aucunement de réparer les conséquences de manquements à d'autres obligations, y compris de la personne publique. »^[17].

Dans cette hypothèse, le manque de diligence de l'acheteur dans la rédaction de son contrat empêcherait toute indemnisation à ce titre pour son cocontractant. Celui de l'opérateur à s'approvisionner suffisamment tôt en matières premières aussi^[18].

Concrètement, si l'imprévision est avérée, il revient au cocontractant de présenter l'ensemble des justificatifs nécessaires qui permettront une indemnisation de son préjudice, qui ne saurait être un simple manque à gagner. En outre, en sera exclu le coût de l'aléa économique normal à tout contrat, soit près de 10 % de la charge extracontractuelle supportée par l'opérateur du fait de l'imprévision^[19].

Si obtenir gain de cause peut prendre l'allure d'un chemin de croix, faisant peser majoritairement sur l'opérateur économique les conséquences de l'imprévision arguée, l'acheteur n'est pas non plus à l'abri de tout danger. Une fois une première indemnité à un cocontractant accordée, un acheteur peut se trouver face à une multiplication des demandes de la part de l'ensemble de ses cocontractants, s'estimant victimes de la hausse du prix des matières premières. Dès lors, une rédaction casuistique s'impose dans les motivations des décisions de l'acheteur.

Bien entendu, il ne peut être ignoré que le Code de la commande publique autorise la modification rendue nécessaire par des circonstances

imprévues^[20], autrement dit « par des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir ». Selon une jurisprudence quelque peu ancienne, ces dernières adviennent dès que sont dépassées les simples vicissitudes de la vie économique, à la différence de l'imprévision qui déjoue toutes les prévisions des parties^[21]. D'occurrence plus fréquente donc, cette disposition entrera à notre sens d'autant plus facilement en jeu dès lors que le critère de l'extériorité est ici confiné au seul acheteur public.

Lui accorder davantage d'importance serait pourtant une erreur stratégique, tant pour les opérateurs que pour les pouvoirs adjudicateurs. D'abord, les premiers ne pourront modifier leur contrat que dans la limite de 50 % du montant du marché initial^[22]. Si le bouleversement est déjà majeur, la théorie de l'imprévision ne soumet pas à un tel seuil l'indemnité d'imprévision, dont le montant est environ égal à 90 % de la charge extracontractuelle^[23]. C'est déjà un premier bémol.

S'agissant des acheteurs ensuite, une mauvaise anticipation du risque, qui peut prendre la forme d'une certaine absence de rigueur dans la rédaction des clauses de réexamen, peut conduire à un surenchérissement des prix. En effet, les soumissionnaires, conscients de risques non prévus au contrat et qu'il est parfois difficile d'indemniser ex post, peuvent succomber à la tentation d'inclure cet aléa dans leur coût. Les principes d'efficacité de la commande publique et de bonne utilisation des deniers publics^[24] commandent d'opter pour une prévention sérieuse du risque en amont.

3. Gérer l'exécution du contrat

3.1. Exécuter ses obligations de bonne foi

Dans ce contexte de prix tendus, notamment en raison d'une contraction de l'offre, il est opportun de rappeler que les opérateurs sont contraints d'exécuter les marchés dont ils sont titulaires et de respecter l'ensemble

17 Concl. de Gilles Pellissier, rapporteur public, sur CE 21 octobre 2019, Société Alliance, req. n° 419155.

18 CE 17 juin 1981, Commune de Papeete, req. n° 7246.

19 Concl. de Gilles Pellissier, rapporteur public, sur CE 21 octobre 2019, Société Alliance, req. n° 419155 ; DAJ, Fiche technique « Les marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières », 18 février 2022.

20 CCP, art. L. 2194-1, 3°.

21 CAAMarseille, 2 octobre 2008, req. n° 07MA00016.

22 CCP, art. R. 2194-5.

23 cf. Concl., Gilles Pellissier, rapporteur public, sur CE 21 octobre 2019, Société Alliance, req. n° 419155 ; DAJ, Fiche technique « Les marchés publics confrontés à la flambée des prix et au risque de pénurie des matières premières », précitée.

24 Inscrits à l'article L. 3 du Code de la commande publique.

des obligations qui leur incombent^[25]. Et ce, quand bien même l'exécution se fait à perte. L'indemnisation ne vient qu'ensuite, si tant est qu'elle ait un fondement juridique.

Pour autant il ne s'agit pas pour les acheteurs publics de profiter indûment d'une situation qui, à terme, pourrait leur être préjudiciable (qualité du service, retard, abandon du chantier, etc.). Ces derniers, eu égard aux principes de bonne foi et de loyauté, devraient permettre à l'opérateur économique de poursuivre l'exécution de ses marchés publics dans des conditions raisonnables et économiquement satisfaisantes.

Il est à noter que ce principe de bonne foi est plus affirmé en droit privé qu'en droit administratif. Les juridictions judiciaires le convoquent davantage, la Cour de cassation estimant qu'il préside à l'exécution des conventions et peut imposer de renégocier les termes d'un contrat déséquilibré^[26]. La cour d'appel de Paris a d'ailleurs récemment admis que ce principe de bonne foi puisse « inciter les parties à renégocier une convention dont le déséquilibre résulte notamment d'une hausse imprévisible du coût de l'énergie qui est susceptible de bouleverser l'économie du contrat »^[27].

3.2. Proportionner l'application des clauses de pénalités

Dans le droit fil des recommandations de la Direction des affaires juridiques et du cabinet du Premier ministre, il s'agit pour les acheteurs d'appliquer avec une certaine magnanimité les clauses de leur contrat.

Ainsi, les pénalités devraient être appliquées raisonnablement, et non pas de manière automatique. Il est de jurisprudence constante que les acheteurs ont la possibilité de ne pas appliquer les pénalités de retard^[28], à la condition bien entendu que ce renoncement ne constitue pas une libéralité de leur part^[29]. Ce d'autant que l'objet des pénalités est de sanctionner un manquement du titulaire à ses obligations qui lui serait directement imputable. Une appréciation au cas par cas s'impose. Dans sa

décision « Société Tonin », le Conseil d'État a estimé qu'il incombait au juge de vérifier la responsabilité du titulaire dans le manquement sanctionné^[30]. Si le retard est en réalité causé par la défaillance d'un autre cocontractant, tel que le maître d'œuvre, l'application de la pénalité est infondée^[31]. Le cas échéant, le juge administratif procédera à un partage de responsabilités^[32].

Aménager les délais est également une décision qui peut permettre au cocontractant de s'approvisionner à un coût moindre, voire de s'approvisionner tout court. Il est d'ailleurs à noter qu'en application de l'article 19.2.2 du CCAG-Travaux de 2009 et de l'article 18.2.2 du CCAG-Travaux de 2021, lorsqu'une entreprise rencontre des difficultés imprévues au cours d'un chantier, elle peut obtenir soit une prolongation de délai d'exécution, soit un report du début des travaux.

Pour un opérateur économique confronté à un renchérissement de ses coûts, il semble opportun de suggérer de tels aménagements au représentant du pouvoir adjudicateur. Accompagner sa demande de justificatifs probants est évidemment indispensable.

Enfin, la circulaire du 16 juillet 2021 précitée rappelle qu'il est essentiel que les acheteurs honorent « dans les meilleurs délais les factures de leurs co-contractants ». À ce titre, les acheteurs « doivent être particulièrement vigilants à respecter le délai maximum de paiement fixé par le code de la commande publique et, en cas de retard, à verser les intérêts moratoires dus au titulaire ».

25 CAA Bordeaux, 11 juillet 2017, req. n° 15BX00118 ; CAA Paris, 27 mai 2016, req. n° 15PA02362.

26 Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67.369.

27 CA Paris, 17 janvier 2020, n° 18/01078.

28 CE 8 novembre 2018, SAS Savoie, req. n° 413533.

29 CE 19 mars 1971, Mergui, req. n° 79962.

30 CE 15 novembre 2012, Société Tonin, req. n° 350867.

31 CAA Marseille, 14 juin 2021, req. n° 16MA02979.

32 CAANantes, 19 septembre 2014, req. n° 12NT03032.

Maité Cano

Avocat Counsel, Cabinet Cabanes Avocats

CCP 2022-39-3

Risque d'exploitation dans les contrats de concession à l'épreuve du Covid et de ses variants

Depuis 2020, la crise sanitaire a mis à rude épreuve les rapports contractuels entre les autorités concédantes et leurs concessionnaires, notamment dans les secteurs dans lesquels l'activité a été intégralement interrompue ou fortement affectée d'abord par l'état d'urgence sanitaire au printemps 2020 et ensuite par les mesures prises lors de l'apparition des différents variants du Covid-19 en 2021.

Dans son rapport annuel publié le 16 février 2022, la Cour des comptes retient notamment que certaines activités déléguées, telles que les équipements sportifs et culturels, les centres des congrès et les réseaux de transport urbain^[1], ont été particulièrement touchées par la pandémie du fait de la perte de recettes et/ou des baisses de fréquentation par rapport aux prévisions d'exploitation du service.

On rappellera en effet qu'un contrat de concession repose sur un transfert au concessionnaire du risque lié à l'exploitation du service^[2], lequel doit notamment se rémunérer avec les résultats de son exploitation.

Le risque supporté par le concessionnaire « implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement

théorique ou négligeable », étant précisé que « le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés »^[3].

Si le concessionnaire est en principe tenu de supporter « le risque d'exploitation », l'intensité de la crise sanitaire en 2020 et ses effets sur l'année 2021 paraissaient difficilement pouvoir être qualifiés d'aléa normal d'exploitation devant être intégralement laissé à la charge des concessionnaires.

La théorie de l'imprévision, du fait notamment du caractère imprévisible des effets de l'épidémie, a ainsi pu être convoquée par les autorités concédantes pour indemniser une partie des pertes subies par les concessionnaires.

Les différents variants Covid qui se sont succédé et la durée de la crise sanitaire conduisent désormais à s'interroger sur le fait de savoir si la survenance d'une crise sanitaire est « prévisible » et susceptible de devenir un « aléa normal d'exploitation ».

1. Crise sanitaire : un risque imprévisible en 2020 ?

La déclaration de l'état d'urgence sanitaire et particulièrement les mesures de confinement et de fermetures de nombreux établissements ont fortement affecté l'activité de nombreux concessionnaires de services publics, conduisant certains concessionnaires à interrompre intégralement leurs activités durant plusieurs mois.

1 Cour des comptes, rapport annuel 2022, « Les délégations de service public dans les Hauts-de-France », p. 312.

2 CCP, art. L. 1121-1 « Un contrat de concession est un contrat par lequel une ou plusieurs autorités concédantes soumises au présent code confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix ».

3 CCP, art. L. 1121-1.

MOTS CLÉS

Crise sanitaire
Concession
Risque d'exploitation
Imprévision
Force majeure

Lorsque l'état d'urgence sanitaire a été décidé en mars 2020^[4], l'ordonnance n° 2020-319^[5] du 25 mars 2020 comportait un dispositif de versement d'indemnités aux concessionnaires de services publics en cas de difficultés d'exécution du contrat et de mise en œuvre de moyens supplémentaires non prévus au contrat représentant une charge manifestement excessive au regard de la situation financière du concessionnaire^[6].

Ces dispositions, destinées à indemniser d'éventuels surcoûts, étaient limitées dans le temps et dans leur objet^[7].

Le dispositif s'est en tout état de cause avéré insuffisant compte-tenu de la persistance de mesures sanitaires (confinements, fermetures, restrictions de fréquentation, etc.).

Cette situation a conduit à s'interroger sur le fait de savoir si la crise sanitaire pouvait remplir les conditions de l'imprévision.

En droit, cette théorie, issue de la jurisprudence^[8] et désormais codifiée à l'article L. 6 du Code de la commande publique, permet l'indemnisation du cocontractant lorsqu'un événement imprévisible et extérieur aux parties bouleverse temporairement l'économie du contrat : « Lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité »^[9].

Si la première condition tenant à l'extériorité de l'évènement paraît aisément remplie, la crise sanitaire n'étant à l'évidence du fait ni de l'autorité concédante, ni de son concessionnaire, les autres conditions de l'imprévision nécessitent un examen précis.

À commencer par le caractère imprévisible d'une crise sanitaire.

On relèvera qu'avait pu être considérée par le juge administratif comme un événement imprévisible, une hausse du coût des matières premières du fait des conséquences de la guerre qui « s'est trouvée atteindre une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel [...], mais qu'elle entraîne [...] une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations qui auraient pu être envisagées par les parties lors de la passation de la concession »^[10].

De même, des phénomènes naturels^[11] ou des mesures prises par les pouvoirs publics bouleversant une situation contractuelle^[12] ont été considérés comme imprévisibles.

Si la survenance d'une épidémie n'était, en tant que telle, pas imprévisible^[13], les conséquences qui ont résulté de la pandémie de Covid-19 pouvaient être considérées comme « imprévisibles » dans leur intensité et leurs effets.

En effet, la fermeture de l'ensemble des services « non essentiels » et/ou les effets sur certains services publics qui ont été maintenus en exploitation, notamment dans le transport public urbain de voyageurs, ne pouvaient pas être envisagés par un opérateur diligent à la date de la conclusion du contrat de concession.

De même, la persistance de mesures de restrictions postérieures au confinement (couvre-feu, jauges, etc.) dépassait ce qui pouvait raisonnablement être envisagé lors de la conclusion du contrat, et excédait ce qui pou-

4 Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19.

5 Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 portant diverses mesures d'adaptation des règles de passation, de procédure ou d'exécution des contrats soumis au code de la commande publique et des contrats publics qui n'en relèvent pas pendant la crise sanitaire née de l'épidémie de Covid-19.

6 Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, art. 6, 6°.

7 Ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020, art. 1^{er} : « Sauf mention contraire, les dispositions de la présente ordonnance sont applicables aux contrats soumis au code de la commande publique ainsi qu'aux contrats publics qui n'en relèvent pas, en cours ou conclus durant la période courant du 12 mars 2020 jusqu'au 23 juillet 2020 inclus. Elles ne sont mises en œuvre que dans la mesure où elles sont nécessaires pour faire face aux conséquences, dans la passation et l'exécution de ces contrats, de la propagation de l'épidémie de Covid-19 et des mesures prises pour limiter cette propagation. ».

8 CE 30 mars 1916, C^{ie} générale d'éclairage de Bordeaux, *Lebon*.

9 CCP, art. L. 6, 3°.

10 CE 30 mars 1916, C^{ie} générale d'éclairage de Bordeaux, *Lebon*, 125.

11 CE 25 novembre 1921, C^{ie} des automobiles postales, *Lebon*, p. 980.

12 CE 4 mai 1949, Ville de Toulon, p. 197 ; CE 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, Rec, 359.

13 Voir par exemple, pour la grippe H1N1 : CA Besançon, 8 janvier 2014, n° 12/0229 ; pour la dengue CA Nancy, 22 novembre 2021, n° 09/00003 ; pour le chikungunya : CA Saint-Denis de la Réunion, 29 décembre 2009, n° 08/02114.

vait être considéré comme un « aléa normal d'exploitation ».

Le caractère imprévisible des effets de la crise sanitaire, associé à l'extériorité des événements aux parties, paraissent donc susceptibles d'ouvrir droit à indemnisation des concessionnaires, sous réserve bien entendu qu'ils aient subi un « bouleversement de l'économie du contrat ».

La jurisprudence retient traditionnellement que « l'économie du contrat [doit] se trouve[r] absolument bouleversée »¹⁴, sans faire obstacle à la poursuite de l'exécution du contrat.

Plus récemment, dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'État du 21 octobre 2019, le rapporteur public Gilles Pelissier¹⁵ retenait que « le bouleversement de l'équilibre économique du contrat que doit provoquer l'évènement imprévisible pour être qualifié d'imprévision ou de force majeure se traduit nécessairement par un déficit d'exploitation ».

Et ce déficit ne doit pas consister en une simple baisse du profit du concessionnaire ou être dépourvu de lien avec l'évènement.

Ainsi que le rappelait Gilles Pelissier¹⁶, « en d'autres termes, ce n'est que si un déficit d'exploitation apparaît, exception faite des autres causes de difficulté du cocontractant que celui-ci pourra prétendre à une indemnité d'imprévision, qui ne couvrira que la part imputable à l'évènement ayant affecté l'équilibre économique du contrat. En revanche, si cet évènement, à lui seul, n'a pas pu bouleverser l'équilibre économique du contrat au point d'en compromettre l'exécution, le titulaire n'aura pas droit à l'indemnité d'imprévision ».

Ainsi, l'indemnité pouvant être versée au concessionnaire n'a vocation à couvrir que la charge anormale liée aux circonstances imprévisibles, à l'exclusion de l'aléa normal ou d'une mauvaise gestion de la part du concessionnaire.

Elle doit rester provisoire, afin de permettre au concessionnaire de faire face aux charges qu'il doit supporter du fait des circonstances

imprévisibles qui bouleversent l'économie du contrat.

Si le bouleversement perdure, les parties auront alors la faculté soit de constater que le caractère définitif du bouleversement empêche durablement la poursuite du contrat et, si les conditions en sont réunies, résilier le contrat pour force majeure¹⁷, soit, et c'est la situation qui paraît la plus commune, envisager une modification du contrat par avenant afin de rétablir l'équilibre contractuel bouleversé.

Si les mesures prises résultant de l'état d'urgence sanitaire paraissent susceptibles de remplir les conditions de l'imprévision, notamment du fait du caractère imprévisible des effets de cette crise qui ne pouvaient raisonnablement pas être envisagés par les parties au moment de la conclusion du contrat, se pose la question de savoir si cette théorie trouverait à s'appliquer pour les contrats conclus pendant et postérieurement à la crise sanitaire.

Faudrait-il désormais considérer qu'une crise sanitaire imposant un confinement de la population, des fermetures et des restrictions d'activité pourrait devenir un risque prévisible voire un aléa normal d'exploitation dans les contrats de concession ?

2. Crise sanitaire : un risque devenu prévisible en 2022 ?

Au début de l'année 2022, et alors que près de deux années de mesures restreignant l'activité de nombreux concessionnaires de service public se sont écoulées, il paraît désormais

17 CE ass., 9 décembre 1932, Compagnie des tramways de Cherbourg, Rec. 1050 : « Dans le cas où les conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, le concédant ne saurait être tenu d'assurer aux frais des contribuables, et contrairement aux prévisions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable ; dans cette hypothèse, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre aussi bien le concessionnaire que le concédant à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec indemnité s'il y a lieu, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire » ; voir également CE 14 juin 2000, Commune de Staffelfelden, Rec. 227 ; *BJCP*, 2000. 435, Concl. Bergeal.

14 CE 30 mars 1916, C^{ie} générale d'éclairage de Bordeaux, req. n° 59928, *Lebon*.

15 Conclusions G. Pelissier, sous CE 21 octobre 2019, S^{ie} Alliance, n° 419155.

16 *Ibid.*

difficile de soutenir que le Covid 19 et ses variants présenteraient un caractère « imprévisible ».

En effet, pour les contrats conclus depuis 2020, il pourrait être soutenu que la survenance d'une crise sanitaire et ses effets pouvaient être envisagés par les parties au moment de la conclusion du contrat.

Ainsi, un concessionnaire, ayant conclu une concession de service public en 2021, qui solliciterait une indemnité au motif qu'il subirait un déficit d'exploitation résultant des effets de la crise sanitaire sur le fondement de l'imprévision se verrait probablement opposer le fait qu'à la date de la conclusion de son contrat de concession, le risque tenant aux incidences d'une crise sanitaire (confinement, restrictions d'activité, jauges, etc.) était « prévisible ».

C'est cette circonstance que le juge a retenue pour écarter l'application de la force majeure à propos de l'épidémie de chikungunya ayant débuté avant le début des relations contractuelles prétendument rompues pour cas de force majeure (Cour d'appel de Saint-Denis de la Réunion, 29 décembre 2009, *précitée*).

L'imprévision serait alors susceptible d'être écartée pour les contrats conclus postérieurement aux débuts de la crise sanitaire en mars 2020.

Devrait-on aller jusqu'à soutenir qu'une crise sanitaire serait devenue un aléa normal d'exploitation devant être chiffré par le futur concessionnaire ?

On rappellera que la conclusion d'un contrat de concession repose sur un transfert de risque supporté par le concessionnaire « implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement théorique ou négligeable ^[18] ».

Ce risque d'exploitation est retenu lorsque « dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, qu'il a supportés »^[19].

Il pourrait être en effet considéré que la succession des variants du covid-19 et des mesures prises susceptibles d'affecter le fonctionnement du service concédé, effets connus

au moment de la conclusion du contrat, pourraient devenir des « conditions normales d'exploitation » et n'assurent pas au concessionnaire qu'il pourra amortir « les investissements ou les coûts, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service qu'il a supportés ».

Le juge administratif a ainsi pu retenir, en matière de responsabilité administrative, que constituait un aléa normal en lien avec l'activité exercée, la fermeture d'une installation classée en vue de prévenir un risque grave que l'exploitant ne pouvait pas ignorer^[20] ou des faits de piraterie dans l'océan Indien^[21].

Cette approche ne paraît satisfaisante, ni pour les autorités concédantes ni pour les concessionnaires.

Elle suppose de considérer qu'un événement « extra-ordinaire » deviendrait une condition d'exploitation du service, mais surtout que le fonctionnement dégradé du service deviendrait des « conditions normales d'exploitation », ce qui serait peu compatible avec les exigences d'accessibilité du service et de qualité du service rendu aux usagers.

Cette approche aurait, en tout état de cause, pour effet, de renchérir le coût du service pour les concessionnaires, les concédants, et *in fine* pour les usagers.

En effet, si les concessionnaires doivent intégrer, comme un aléa normal d'exploitation, le coût d'éventuelles mesures de restriction sur les années d'exploitation du service, les charges seraient probablement revues à la hausse et les recettes à la baisse dans les comptes d'exploitation prévisionnels, afin d'anticiper d'éventuelles conséquences d'une nouvelle crise sanitaire.

Ainsi, les tarifs appliqués aux usagers, et le cas échéant, la contribution forfaitaire versée par l'autorité concédante seraient également revus à la hausse.

Cela d'autant plus que si l'imprévision n'était plus susceptible de fonder une demande indemnitaire, le contrat devrait donc s'appliquer dans toutes ses stipulations.

18 CCP, art. L. 1121-1.

19 *Ibid.*

20 CE 27 juillet 2009, Min. État, Écologie, Énergie, Développement durable et Aménagement du territoire c/S¹⁶ coopérative agricole Ax'ion, req. n° 300040.

21 CAA Bordeaux, 24 mai 2018, req. n° 15BX00402.

On rappellera sur ce point le considérant du Conseil d'État dans l'arrêt « Gaz de Bordeaux » précisant que : « en principe, le contrat de concession règle d'une façon définitive, jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant ; que le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité [...], que la variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché qui peut suivant le cas être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévision qu'elle a faits avant de s'engager^[22] ».

Une troisième voie pourrait consister à prévoir une clause « de réexamen ou d'options claires, précises et sans équivoque »^[23] encadrant les hypothèses de modification du contrat par avenant en cours d'exécution, dans l'hypothèse d'une perturbation des conditions d'exploitation résultant d'une pandémie, ou à prévoir des stipulations fixant les modalités d'une indemnisation dans l'hypothèse où des mesures administratives viendraient interrompre ou restreindre l'exploitation du service.

Cette troisième voie reviendrait à rendre « prévisible » dans l'exécution du contrat de concession les effets d'une crise sanitaire, sans pour autant en faire un « aléa normal d'exploitation », et tout en organisant entre les parties les conséquences financières de cet aléa prévisible sur les années d'exploitation du service public.

22 CE 30 mars 1916, C^{ie} générale d'éclairage de Bordeaux, *Lebon*.

23 CCP, art. L. 3135-1.

Charlotte Pezin

Avocate associée, Cabinet Cabanes Avocats

CCP 2022-39-4

Risque de « transparence » dans la commande publique : le respect du secret des affaires à l'épreuve du principe de transparence et du droit au recours effectif

1. Transparence : un principe de droit européen au service de la concurrence

Il est dans l'air du temps de minimiser les risques en prônant davantage de transparence. Les sphères politique, mais aussi économique y sont particulièrement sensibles depuis quelques années. Les déclarations des élus à la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique et la publication de rapports RSE qui se veulent toujours plus cristallins en témoignent. Sans éviter les scandales pour autant, il s'agit d'introduire davantage d'éthique dans des secteurs qui peuvent souffrir d'un déficit d'image auprès de la société civile.

En droit public, la transparence n'est pas un principe moral. Elle sert un but précis. Selon la Cour de Justice de l'Union européenne, cette obligation, qui découle des principes du Traité et plus spécialement des principes d'égalité et de non-discrimination selon la nationalité, « consiste à garantir en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité de la procédure d'adjudication »^[1]. Si bien qu'en droit interne, l'application du principe de transparence dépasse le champ des contrats relevant du Code la commande publique, pour s'étendre

à l'ensemble des contrats passés par les personnes publiques^[2], ce qui inclut notamment l'ensemble des contrats domaniaux.

Dès lors qu'une procédure de mise en concurrence intervient, la transparence s'applique à toutes ses étapes, de la rédaction de l'avis d'appel public à la concurrence et des documents de la consultation, jusqu'à l'information du candidat ou soumissionnaire évincé^[3].

Pourtant, le principe de transparence n'est pas absolu ; il doit être mis en œuvre par les acheteurs et les autorités concédantes « dans les conditions définies dans le présent code », aux termes de l'article L. 3 du Code de la commande publique.

Il doit notamment être concilié avec le respect du secret des affaires et l'obligation de ne pas nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

S'attachant à prévenir les effets anticoncurrentiels de la communication de certaines données, le juge administratif a dessiné, de manière empirique et dans le silence de la loi, les contours d'un risque de transparence.

La protection du secret des affaires a ensuite été consacrée récemment par la loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018, transposant la directive

MOTS CLÉS

Secret des affaires
Principe d'impartialité
Transparence
Principe d'égalité

2 CAA Bordeaux, 9 novembre 2004, Sodegis, req. n° 01BX00381.

3 CCP, art. L. 2181-1 pour les marchés publics et L. 3125-1 pour les concessions.

1 CJCE 7 décembre 2000, Telaustria Verlags GmbH, aff. C-324/98.

n° 2016/943/UE sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulguées contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

Est désormais protégée au titre du secret des affaires⁴ toute information qui :

N'est pas, en elle-même ou dans la configuration et l'assemblage exacts de ses éléments, généralement connue ou aisément accessible pour les personnes familières de ce type d'informations en raison de leur secteur d'activité ;

Revêt une valeur commerciale, effective ou potentielle, du fait de son caractère secret ;

Fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret.

Plus précisément s'agissant du droit de la commande publique, cette protection figure désormais aux articles L. 2132-1, L. 2332-1 et L. 3122-3 du Code de la commande publique. En substance, il est interdit à l'acheteur de diffuser des informations confidentielles qu'il aurait obtenues lors de la procédure de passation et dont la communication violerait le secret des affaires ou pourrait nuire à la concurrence loyale entre les opérateurs économiques. Cette interdiction peut toutefois être levée en cas d'accord de l'opérateur concerné par les informations. Enfin, l'acheteur dispose de la possibilité d'imposer aux opérateurs économiques des exigences afin de protéger la confidentialité des informations qu'ils communiquent dans le cadre de la procédure de passation du contrat.

Si la conciliation du principe de transparence avec le respect du secret des affaires s'impose, la suprématie de ce dernier n'est pas acquise. D'apparence salvatrice en vue de faire cesser son atteinte, le référé « secret des affaires » n'apparaît pas comme une panacée.

2. Conciliation nécessaire pour éviter le « risque de transparence »

L'obligation de transparence doit être conciliée avec la protection du secret des affaires. À défaut, la simple participation à la procédure de passation présenterait un risque économique majeur pour des opérateurs économiques naturellement soucieux de préserver leurs secrets industriels et commerciaux.

Pour cette raison, la jurisprudence a très tôt pris en charge ce « risque de transparence » en affirmant que l'obligation de transparence ne pouvait justifier la communication de renseignements susceptibles de porter préjudice aux intérêts économiques d'un opérateur et de nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques⁵. À défaut, les opérateurs économiques prendraient le risque de dévoiler des informations confidentielles relatives à leurs activités, moyens et forces vives, pour la passation du contrat en cours, mais également pour toutes les passations futures. Conscients de ce risque de fuite de données stratégiques, ils n'y participeraient sans doute pas, ou de manière plus réservée.

L'obligation de transparence co-existe ainsi avec celle de ne pas communiquer les renseignements dont la divulgation serait contraire à la loi, en particulier violerait le secret industriel et commercial et pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

Il est donc interdit à l'acheteur de révéler des éléments de l'offre retenue dont la divulgation violerait le secret en matière industrielle et commerciale ou pourrait nuire à

5 Voir par exemple sur l'obligation de ne pas porter atteinte au secret industriel et commercial CE 30 mars 2016, Bureau européen d'assurance hospitalière (BEAH), req. n° 375529, CAA Marseille, 2 mars 2015, Société Philip Frères, req. n° 13MA04478 : « 7. Considérant, par ailleurs, que le droit de communication des documents présentés par les candidats à un appel d'offres s'exerce dans le respect des dispositions du II de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978 susvisée, qui dispose que "Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs [...] dont la communication porterait atteinte [...] au secret en matière commerciale et industrielle" ; que ce secret fait obstacle à la communication, par l'administration, des mémoires techniques des entreprises retenues, lesquels comportent notamment des mentions relatives aux moyens humains et techniques de l'entreprise considérée ainsi qu'à son organisation et aux procédures utilisées ; 8. Considérant que le secret en matière commerciale s'opposait à ce que le département lui transmitt, pour être soumis au contradictoire, ces mémoires ; que le tribunal administratif n'a donc pas méconnu son office en s'abstenant de lui demander communication de ces mémoires techniques », CAA Marseille, 29 octobre 2012, Cabinet MPC Avocats, req. n° 10MA02554 ; CAA Nancy, 9 juillet 2007, Sociétés KEOLIS, req. n° 07NC00133.

4 Code de commerce, art. L. 151-1.

une concurrence loyale entre les opérateurs économiques.

Récemment, le Conseil d'État a rappelé, dans sa décision « Société Transdev » du 8 novembre 2017⁽⁶⁾, le caractère absolu de cette interdiction, dont le respect impose même parfois de renoncer à une étape prévue de la procédure de mise en concurrence, en l'occurrence un tour de négociations : « 5. Considérant, cependant, qu'il appartient à l'autorité délégante de veiller en toute hypothèse au respect des principes de la commande publique, en particulier à l'égalité entre les candidats ; qu'il ressort de l'espèce des éléments de la procédure soumise au juge des référés que la décision par laquelle la métropole européenne de Lille a modifié le déroulement de la procédure, en renonçant à recueillir les offres finales des soumissionnaires et en s'engageant à prendre en considération, pour le choix de l'attributaire, l'état des offres à la date du 19 mai 2017, a été prise pour remédier à la transmission par erreur, ce 19 mai 2017, à la société Transdev de documents relatifs à la négociation menée entre la métropole et la société Keolis et aux éléments de l'offre de cette dernière ; que cette divulgation à l'un des candidats de documents se rapportant à l'offre de son concurrent était de nature à nuire à la concurrence entre les opérateurs et, dans les circonstances de l'espèce, à porter irrémédiablement atteinte à l'égalité entre les candidats, dans le cadre de la procédure en cours comme dans le cadre d'une nouvelle procédure si la procédure de passation devait, à brève échéance, être reprise depuis son début ; que la décision de la métropole, consistant à figer l'état des offres à la date de la divulgation, a entendu pallier cette atteinte à l'égalité entre les candidats ; qu'à cette date, les négociations avaient donné lieu à de nombreux échanges entre la métropole et les candidats qui avaient disposé d'un délai suffisant, et strictement identique, pour présenter leurs offres ».

Reprenant la motivation de la Haute juridiction, le juge des référés du tribunal administratif de Toulon a considéré qu'était légale la décision d'un acheteur d'examiner de nouveau les offres initiales au lieu d'abandonner la procédure et d'en relancer une nouvelle. Il s'agissait pour l'acheteur de se préserver d'une situation future dans laquelle l'égalité de traitement aurait été rompue par une transpa-

rence excessive dans la procédure antérieure eu égard à la communication d'informations se rapportant au prix de l'offre d'un concurrent⁽⁷⁾. Indubitablement, la connaissance du prix d'un concurrent en amont d'un appel d'offres empêche de facto toute concurrence effective. Le risque de transparence étant avéré, une adaptation des règles procédurales est apparue justifiée.

Ainsi, s'il ne s'agissait évidemment pas de remettre en cause le principe de transparence inscrit à l'article L. 3 précité du Code de la commande publique, il paraissait primordial de rappeler que son application ne peut se faire que dans le respect d'autres principes tout aussi cardinaux dès lors qu'il est question de s'assurer des conditions d'une concurrence effective. À défaut, toute application abusive conduirait à un risque de transparence pour les opérateurs.

Il résulte de la décision dite « Centre hospitalier de Perpignan »⁽⁸⁾ que lorsqu'elles sont saisies d'une demande de communication de documents relatifs à un contrat de la commande publique, les autorités doivent examiner si les renseignements contenus dans ces documents peuvent, en affectant la concurrence entre les opérateurs économiques, porter atteinte au secret des affaires et faire ainsi obstacle à cette communication.

Le Conseil d'État a en outre précisé qu'au regard des règles de la commande publique, doivent être regardées comme étant communicables, sous réserve des secrets protégés par la loi, l'ensemble des pièces d'un marché public et que, dans cette mesure, l'acte d'engagement, le prix global de l'offre et les prestations proposées par l'entreprise attributaire, notamment, sont en principe communicables. En revanche, les éléments qui reflètent la stratégie commerciale d'une entreprise opérant dans un secteur d'activité et dont la divulgation est susceptible de porter atteinte au secret des affaires ne sont, en principe, pas communicables. Il en va ainsi du bordereau des prix unitaires⁽⁹⁾.

De même, le mémoire technique du candidat retenu ne peut être communiqué en ce qu'il

6 CE 8 novembre 2017, Transdev, req. n° 412859.

7 TA Toulon ord., 27 octobre 2020, n° 2002750.

8 CE 30 mars 2016, Centre hospitalier de Perpignan, req. n° 375529.

9 CE 30 mars 2016, Centre hospitalier de Perpignan, précitée ; CE 2 mai 2016, Société Toffolutti, req. n° 381635.

comporte des mentions relatives aux moyens humains et techniques de l'entreprise considérée ainsi qu'à son organisation et aux procédures utilisées. Le secret s'attache même à la communication du mémoire technique dans une version qui permette de vérifier l'exactitude, la cohérence de l'appréciation de l'acheteur public, telle qu'elle figure dans le rapport d'analyse des offres dans une version déjà communiquée¹⁰. Par ailleurs, la cour administrative d'appel de Marseille a déjà eu l'occasion de rappeler que le secret en matière commerciale s'oppose à ce que le pouvoir adjudicateur transmette au juge administratif, pour être soumis au principe du contradictoire, les mémoires techniques des entreprises soumissionnaires¹¹.

3. Conciliations plus ou moins protectrices du secret des affaires de nature à créer un risque de transparence

Le principe de transparence de la procédure est nécessairement concilié avec d'autres principes et obligations sous peine de générer un réel risque de transparence ; l'obligation d'assurer le respect du secret des affaires en fait partie. Et la protection du secret des affaires est elle-même mise en balance avec celle d'autres principes, ce qui menace de faire réapparaître le risque de transparence.

En droit interne d'abord, le secret des affaires a été concilié avec le respect du contradictoire. Davantage, on peut affirmer qu'il été tempéré. Il ressort en effet de la jurisprudence que le secret des affaires s'incline souvent devant le respect du contradictoire, réanimant un risque de transparence pour les opérateurs. Rappelant que « les règles générales de la procédure contentieuse interdisent au juge de se fonder sur des pièces qui n'auraient pas été soumises au débat contradictoire », ce qui interdit nécessairement de se fonder sur le « contenu de documents qui n'auraient pas été communiqués à l'autre partie », le Conseil d'État y a inclus dans sa décision Observatoire international des prisons du 23 décembre 2016 le contenu de documents qui « auraient été couverts par un secret garanti par la loi ».

Ainsi, le principe du contradictoire interdit au juge de se fonder sur un document protégé par le secret, et qui n'aurait pas été communiqué à l'autre partie pour ce motif¹².

Le contradictoire prévaut ainsi, et ce, malgré la loi du 30 juillet 2018, comme en témoigne la récente ordonnance « Lorany » du Conseil d'État aux termes de laquelle il a été jugé que : « 3. Si la société Lorany Conseils soutient en premier lieu que le juge des référés du tribunal administratif de Rouen s'est à tort fondé sur des pièces communiquées par la société Gimarco en violation du secret des affaires, cette circonstance n'est pas de nature à entacher d'irrégularité ni d'erreur de droit son ordonnance, dès lors que ces pièces ont pu être discutées contradictoirement par les parties. »¹³.

L'importance de cette solution est majeure quand on sait que le juge des référés du tribunal administratif de Nîmes avait, dans une ordonnance du 19 février 2019, écarté des moyens au seul motif qu'ils étaient fondés sur des informations du rapport d'analyse des offres couvertes par le secret des affaires et pour cette raison, non soumises au contradictoire dans le cadre de l'instance¹⁴.

Il en découle que le respect du contradictoire s'agissant d'une pièce couverte par le secret des affaires l'emporte en dernier ressort au détriment de la protection du secret. Le risque de transparence est réel. Il est susceptible de se réaliser dès que les informations ont été soumises au contradictoire des parties.

Au niveau européen ensuite, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après CJUE) a opéré une conciliation du principe de secret des affaires avec les exigences de transparence. Globalement, il semble mieux protégé par une procédure clairement définie. Le risque de transparence est donc plus limité qu'en droit interne. Il est cependant susceptible de survenir lors de la conciliation avec les exigences d'une protection juridictionnelle effective, du respect des droits de la défense des parties au litige ainsi que du principe général du droit de l'Union européenne de bonne administration.

10 Pour un récent rappel TA Melun, 20 avril 2021, Société Europe Service Voirie, n° 2007135.

11 CAA Marseille, 22 octobre 2018, req. n° 17MA02642.

12 CE 23 décembre 2016, Observatoire international des prisons, req. n° 405791.

13 CE 9 juin 2021, Société Lorany Conseils, req. n° 449643.

14 TA Nîmes ord., 19 février 2019, Société SAUR, n° 1900286.

La Cour de Justice de l'Union européenne a notamment pu revenir, dans un arrêt récent du 7 septembre 2021¹⁵, sur la portée de l'obligation de transparence vis-à-vis de la protection du secret des affaires, insistant là encore sur la nécessité de protéger la concurrence : « Il importe que les pouvoirs adjudicateurs ne divulguent pas d'informations ayant trait à des procédures de passation de marchés publics dont le contenu pourrait être utilisé pour fausser la concurrence, soit dans une procédure de passation en cours, soit dans des procédures de passation ultérieures. ».

Pour cette raison, elle limite la portée de l'obligation de motivation lorsque le refus de communication est limité dès lors que cette dernière : « [...] n'implique pas que celui-ci [le candidat évincé] devrait disposer d'informations complètes quant aux caractéristiques de l'offre retenue par le pouvoir adjudicateur. En effet, les procédures de passation de marchés publics reposant sur une relation de confiance entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques, ces derniers doivent pouvoir communiquer aux pouvoirs adjudicateurs toute information utile dans le cadre de la procédure de passation, sans craindre que ceux-ci ne communiquent à des tiers des éléments d'information dont la divulgation pourrait être dommageable auxdits opérateurs [15 juillet 2021, Commission/Landesbank Baden-Württemberg et CRU, C-584/20 P et C-621/20 P]. ».

Toutefois, le principe de protection des informations confidentielles et du secret des affaires doit aussi être concilié avec les exigences d'une protection juridictionnelle effective et le respect des droits de la défense des parties au litige ainsi que le principe général de bonne administration, dont l'obligation de motivation découle. La Cour juge alors que : « Pour protéger ces droits, le pouvoir adjudicateur doit non seulement motiver sa décision de traiter certaines données comme étant confidentielles, mais doit également communiquer sous une forme neutre, pour autant qu'une telle communication soit de nature à préserver le caractère confidentiel des éléments spécifiques de ces données pour lesquelles une protection est justifiée à ce titre, le contenu essentiel de celles-ci à un tel soumissionnaire qui les demande, et plus particulièrement le contenu des données

concernant les aspects déterminants de sa décision et de l'offre retenue. »¹⁶.

Finalement, il revient à la personne publique d'assurer la meilleure concurrence possible, concrétisée par une participation nombreuse à la procédure. Cette participation ne peut se faire que dans le cadre d'une relation de confiance quant à la préservation de la confidentialité par l'acheteur. Or, cette confidentialité est naturellement mise en danger par les principes de bonne administration et de respects des droits de la défense, lesquels peuvent imposer la transparence sur les motivations d'une décision de rejet de l'administration.

Naît alors le paradoxe suivant : d'une part, il est indéniable que la confidentialité de certaines données est constitutive d'une concurrence effective entre les opérateurs, pendant, mais aussi en dehors des procédures de passation. L'intelligence économique est une chose, l'espionnage industriel une autre. Si preuve en fallait, les ordres juridiques européen et interne reconnaissent une nécessaire confidentialité. D'autre part, les acheteurs sont soumis à une obligation de transparence censément au service d'un objectif de concurrence sur le marché intérieur, dont l'importance est telle qu'elle menace directement la confidentialité précitée, et avec elle la concurrence cependant recherchée. Le serpent menace de se mordre la queue.

4. Référé secret des affaires, une protection relative du secret du même nom

Une solution procédurale se dégage comme un outil de protection majeur pour les opérateurs économiques soucieux de protéger la confidentialité de leurs données.

Il s'agit du référé secret des affaires, issu du décret n° 2019-1502 du 30 décembre 2019 portant application du titre III de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et autres mesures relatives à la procédure contentieuse administrative.

Selon l'article R. 557-3 du Code de justice administrative, créé par le décret précité, « Lorsqu'il est saisi aux fins de prévenir une atteinte imminente ou faire cesser une atteinte illicite à un secret des affaires, le juge des

15 CJUE 7 septembre 2021, aff. C-927/19.

16 CJUE 7 septembre 2021, Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras, aff. C-927/19.

référé peut prescrire toute mesure provisoire et conservatoire proportionnée, y compris sous astreinte. Il peut notamment ordonner l'ensemble des mesures mentionnées à l'article R. 152-1 du code de commerce ».

Ces derniers mois, le juge a apporté d'utiles précisions sur le régime de ce recours. Lorsqu'il est saisi sur le fondement de ces dispositions en vue de prévenir une atteinte imminente à un secret des affaires, il appartient au juge des référés de s'assurer que le risque allégué par le demandeur présente un « degré de vraisemblance suffisant »^[17].

Le juge des référés du tribunal administratif de Montreuil a précisé qu'en présence d'un assistant à maître d'ouvrage partial, une « démarche d'anonymisation des offres » ne saurait, à elle seule, suffire à éviter une éventuelle violation du secret des affaires, « dès lors que, sur un marché faiblement concurrentiel, comportant un nombre limité d'acteurs, l'auteur d'une offre est aisément identifiable au regard des caractéristiques de celle-ci »^[18].

17 Voir par exemple TA Montreuil ord., 1^{er} juin 2021, Société Sofaxis, n° 2106741, TA Nancy ord., 26 octobre 2020, SHAM, n° 2002619, TA Guadeloupe ord., 9 juin 2021, SHAM, n° 2100560, TA Cergy-Pointoise ord., 29 septembre 2021, SAS Europe Services Voirie, n° 2112000.

18 TA Montreuil ord., 1^{er} juin 2021, Société Sofaxis, précité « 8. Enfin, en matière de commande publique, les soumissionnaires transmettent au pouvoir adjudicateur leur savoir-faire via leur offre technique et financière, et donc des données devant être regardées comme couvertes par le secret des affaires. À cet égard, par un courriel en date du 5 mars 2021, la société Sofaxis alertait le Centre interdépartemental de gestion de la petite couronne de la région Île-de-France de la partialité de M. Christian Tourrain. À la lecture de ces arguments, le CIG Petite Couronne, conscient de la partialité de son assistant à la maîtrise d'ouvrage, a tenté une "action corrective" via une démarche d'anonymisation des offres des candidats. Une nouvelle version modifiée du règlement de la consultation a ainsi été adressée aux candidats, leur demandant de présenter une offre anonymisée, c'est-à-dire ne comportant "aucune mention du nom du candidat, et aucun signe distinctif permettant de l'identifier". Pour autant, à elle seule, cette démarche d'anonymisation des offres ne saurait suffire à éviter une éventuelle violation du secret des affaires, dès lors que, sur un marché faiblement concurrentiel, comportant un nombre limité d'acteurs, l'auteur d'une offre est aisément identifiable au regard des caractéristiques de celle-ci. ».

Toutefois, selon le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pointoise^[19], le risque d'atteinte imminente au secret des affaires ne présente pas un caractère de vraisemblance suffisant même si des liens sont établis entre l'assistant à maîtrise d'ouvrage et le précédent titulaire du marché, lequel est le client du premier et pratiquement systématiquement attributaire des marchés dans lesquels intervient le premier. Le juge des référés précisant également que le moyen tiré de la violation du principe d'impartialité, « relatif à la régularité de la procédure d'attribution du marché, n'est pas en lui-même de nature à créer un risque d'atteinte imminente au secret des affaires ». Invoqué seul, il ne saurait donc légitimer une protection du secret des affaires par le juge.

Dans une décision récente « CHU de Pointe-à-Pitre » en date du 10 février 2022, qui s'inscrit dans le droit fil de la solution proposée par le juge des référés du tribunal administratif de Cergy-Pointoise, le Conseil d'État a clarifié l'articulation du référé secret des affaires et du référé précontractuel, donnant ainsi plus de visibilité sur les manières de se prémunir efficacement du risque de transparence. Il a commencé par indiquer que l'appréciation du risque d'une atteinte imminente au secret des affaires doit tenir compte de l'obligation de confidentialité qui pèse sur un assistant à maîtrise d'ouvrage chargé de l'analyse des offres. Et, statuant au fond, la Haute juridiction a ensuite jugé que les liens allégués de l'assistant à maîtrise d'ouvrage avec l'un des candidats ne suffisent pas, par eux-mêmes, à caractériser un degré de vraisemblance suffisant. Dans ce cas, le requérant est invité à aller devant le juge du référé précontractuel pour faire valoir la méconnaissance des règles de publicité ou de mise en concurrence qui peuvent porter sur une violation du secret des affaires ou de l'impartialité du pouvoir adjudicateur^[20].

19 TA Cergy-Pointoise ord., 29 septembre 2021, SAS Europe Services Voirie, n° 2112000, précité.

20 CE 10 février 2022, CHU de Pointe-à-Pitre, req. n° 456503 : « 7. Il résulte de l'instruction que la SHAM était tenue de communiquer, dans le cadre de la consultation en cause, des informations relatives au prix de son offre, lesquelles doivent être regardées, à ce stade de la procédure de passation, comme couvertes par le secret des affaires au sens des dispositions citées aux points 2 à 4. Si la SHAM fait valoir qu'elle s'est expressément opposée à ce que son offre soit communiquée à M. J..., dirigeant de la société ACAOP, et à l'ensemble des préposés de cette société, dont

Cette articulation avec le principe d'impartialité est d'autant plus importante que le Conseil d'État a récemment précisé, dans son arrêt « Collectivité de Corse », que la méconnaissance du principe d'impartialité est un vice d'une gravité telle qu'elle justifie l'annulation du contrat à l'exclusion de toute autre mesure^[21].

Ainsi, en dépit des apparences, le risque de transparence créé par la présence d'un assistant à la maîtrise d'ouvrage, voire de toute personne susceptible de menacer le secret des affaires en raison de son rôle dans la procédure de passation, et qu'un opérateur estime impartial, ne peut être évité par ce dernier au moyen d'une action pourtant suggérée par l'article R. 557-3 du Code de justice administrative. Il lui appartient d'aller devant le juge du référé précontractuel lequel, ainsi que cet article s'est proposé de le rappeler, a la charge de l'application de principes parfois antagonistes.

Si tous ces principes servent une concurrence toujours plus parfaite, que même le secret des affaires ne saurait toujours entraver, l'impératif de conciliation qui s'impose au juge conserve à ce secret une importance particulière. En contentieux de la passation de contrats publics, les pouvoirs adjudicateurs et les attributaires pressentis n'hésitent pas à en user. Pourtant, opposer un principe qui, on l'a vu, n'est pas souverain peut constituer une stratégie contentieuse risquée. Son succès peut dépendre de la propension du juge du référé précontractuel à se rallier à l'invocation d'un secret justifiant la mise à l'écart de certaines pièces. Et le Conseil d'État l'a jugé dans sa décision « Commune d'Hyères-les-Palmiers », si ce dernier estime que ce secret lui est opposé à tort, il fera usage de son pouvoir d'injonction à l'encontre de la personne publique, et tirera, le cas échéant, toutes les conséquences de la non-production des pièces^[22]. Acheteurs et opérateurs économiques sont prévenus.

elle a sollicité l'exclusion de l'analyse des offres, en raison de relations étroites alléguées de M. J... avec une société concurrente, **cette seule circonstance ne suffit pas, par elle-même, à caractériser un risque d'atteinte imminente au secret des affaires dès lors que la société ACAOP ainsi que son dirigeant et ses personnels sont tenus à une obligation contractuelle de confidentialité dans le cadre de leur mission d'assistance au maître de l'ouvrage. À cet égard, il appartiendra à la requérante, si elle s'y croit fondée, de faire valoir notamment devant le juge du référé précontractuel tout manquement qu'elle aura relevé aux règles de publicité et de concurrence, tenant, le cas échéant, en une violation par le pouvoir adjudicateur du secret commercial ou de l'impartialité à laquelle celui-ci est tenu.** ».

21 CE 25 novembre 2021, Collectivité de Corse, req. n° 454466.

22 CE 17 octobre 2016, Commune d'Hyères-les-Palmiers, req. n° 400172.