

# L'OFFICIEL EN BREF

Philippe TERNEYRE, Professeur à la Faculté de Droit, d'Économie et de Gestion de Pau

## TEXTES NATIONAUX

---

### RÉFORME DU CODE DES MARCHÉS PUBLICS ET DE CERTAINS TEXTES RELATIFS À LA COMMANDE PUBLIQUE

---

Différé pour cause de changement de gouvernement à l'automne 2010, annoncé pour le printemps 2011 au plus tard, le toilettage (la réforme ?) du code des marchés publics et de divers textes homothétiques (décrets d'application de l'ordonnance du 6 juin 2005, décret de 2002 sur les délais de paiement) a finalement vu le jour au travers du décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 portant modification de certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique (expression qui semble désormais privilégiée par les autorités normatives).

Outre la modification de terminologies périmées (« Union européenne » au lieu de « Communauté européenne », « service en charge de la concurrence » au lieu de « DGCCRF »), la suppression de doublons (art. 4), la modification des parties réglementaires d'autres codes renvoyant au code des marchés publics rénové (art. 50), la réécriture à droit constant de l'article 56 du code relatif aux cas de transmission, à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2012, des documents de candidature et d'offre par voie électronique, la suppression du renvoi à une date désormais expirée, la correction de coquilles et/ou de fautes de syntaxe (art. 22), le décret du 25 août 2011 introduit dans les textes précités une série d'innovations, de précisions ou de corrections sans véritable cohérence les unes avec les autres que l'on se propose donc d'évoquer en suivant l'ordre des articles de ce décret.

#### 1) Nouvelle procédure de reconduction des marchés ayant prévu ce mécanisme

L'article 16 du code des marchés publics permet au pouvoir adjudicateur, à condition d'être conforme au principe d'une durée maximale définie par l'objet du marché et de ne pas faire obstacle à une « remise en concurrence périodique » des achats, de prévoir une reconduction du marché dès lors que celle-ci a été prévue au moment de la mise en concurrence initiale et qu'elle porte sur des prestations inchangées.

Pour faciliter la mise en œuvre de ce mécanisme qui, lorsqu'il est prévu par le marché, conduit en réalité à ce que la personne publique puisse résilier le contrat avant terme (CE

23 février 2005, *ATMMP* : *BJCP* 2005, n° 40, p. 187, concl. D. Casas) et non pas faire naître un nouveau contrat lorsque la reconduction intervient (légalement ou illégalement) à l'échéance normale de la convention (CE 29 novembre 2000, *Commune de Païta* : Rec., p. 574), le troisième alinéa nouveau de l'article 16 du code indique désormais que, « *sauf stipulation contraire (i.e., nécessité d'un acte écrit du pouvoir adjudicateur), la reconduction prévue dans le marché est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer* ».

#### 2) Les révisions de prix

Le gouvernement avait promis le « grand soir » en ce qui concerne une meilleure et plus concise lisibilité de l'article 18 du code relatif aux révisions de prix dans les marchés dont l'intelligibilité est réservée à quelques « happy few » (qui s'en contentent très bien) : c'est raté.

L'article 6 du décret introduit seulement un nouvel alinéa au III de l'article 18 du code en ce qui concerne le calcul des révisions de prix des tranches conditionnelles lorsque celles-ci sont levées, ceci afin de tenir compte de la jurisprudence qui avait décidé que, faute de précision du code, l'actualisation ne s'appliquait que jusqu'à la première date de mise à exécution du marché (CE 18 novembre 2009, *Société 2H Energy* : *BJCP* 2010, n° 68, p. 61). Désormais, « *l'actualisation est opérée aux conditions économiques observées à une date antérieure de trois mois au début d'exécution des prestations de la tranche* ».

Ensuite, s'agissant des marchés nécessitant le recours à une part importante de fournitures, le V de l'article 18 dispose qu'ils doivent comporter une clause de révision de prix incluant « au moins » une référence aux indices officiels de fixation de cours mondiaux de matières premières.

#### 3) Seuils des marchés

Tout d'abord, alors que « *les établissements du service de santé des armées* » sont des organismes sans personnalité juridique relevant de l'État dont les marchés de fournitures et de services devraient obéir aux seuils applicables à ce dernier (125 000 € HT), l'article 7 du décret de 2011 assimile ces établissements aux établissements publics de santé « civils » afin de les faire bénéficier du seuil de « 193 000 € HT » en dessous duquel leurs marchés de fournitures et de services peuvent désormais être conclus selon une procédure adaptée.

Ensuite, l'article 8 du décret procède à une adaptation de l'expression des seuils financiers au-dessus desquels s'appliquent les procédures formalisées en les qualifiant désormais de « *seuils de procédure formalisée définis à l'article 26* ».

Par voie de conséquence, l'article 12 du décret de 2011 réécrit largement l'article 40 du code des marchés par renvoi, le plus souvent, « *aux seuils de procédure formalisée* ».

#### 4) Procédure adaptée

Outre une nouvelle rédaction du troisième alinéa de l'article 28 du code qui simplifie la détermination, par le pouvoir adjudicateur, des procédures à appliquer en cas de MAPA, l'article 9 du décret tente de tirer définitivement les conséquences de l'arrêt *M. Perez* (CE 10 février 2010 : *BJCP* 2010, n° 70, p. 189, concl. Boulouis) qui avait annulé le seuil de 20 000 € en-deçà duquel toute publicité pouvait ne pas avoir lieu.

Si le seuil de 4 000 € est confirmé (temporairement, en attendant une éventuelle future disposition législative d'origine parlementaire, faisant passer ce seuil à 15 000 € ?), le cinquième alinéa de l'article 28 reprend mot pour mot les termes de l'arrêt *Perez* : « *L'absence de publicité et de mise en concurrence peut en outre être justifiée si ces formalités sont impossibles ou sont manifestement inutiles en raison notamment de l'objet du marché (i.e. rare ou original ?) de son montant (i.e., faible ? Mais quid du seuil de 4 000 € ?) ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré (i.e., faible ou inexistant ?).* »

On notera par ailleurs que, pour les marchés de services non prioritaires qui peuvent être conclus en MAPA, l'article 10 du décret modifie les articles 30 et 148 du code des marchés publics pour préciser que l'obligation de publier les documents de la consultation sur le profil acheteur du pouvoir adjudicateur n'est pas applicable à ces marchés.

#### 5) Nouveau cas permettant la conclusion d'un marché de conception-réalisation

Le marché de conception-réalisation, qui, aux termes de l'article 18 du code des marchés publics et en application de l'article 18 de la loi MOP modifiée du 12 juillet 1985, est un marché de travaux qui permet au pouvoir adjudicateur de confier à un seul groupement une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux, ne pouvait jusqu'à présent être légalement utilisé que « *si des motifs d'ordre technique rendaient nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage* ».

Dès lors que la loi Grenelle II n° 2010-788 sur l'environnement du 12 juillet 2010 a introduit à l'article 18 de la loi MOP un nouveau cas où le recours à ce marché est possible – celui d'un « *engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique* » (en clair, un niveau performant de consommation énergétique pour le bâtiment à construire ou existant) –, l'article 11 du décret modifie en

conséquence l'article 37 du code des marchés en y introduisant la même formule.

#### 6) Signature électronique

Les articles 14 et 15 du décret précisent que l'emploi de la signature électronique pour présenter la candidature ou l'acte d'engagement est organisé de la même façon que pour présenter l'offre, la réglementation de cette signature électronique devait être réformée prochainement par arrêté ministériel (V. la réponse ministérielle n° 18300 à M. G. Collomb, *JO Sénat*, 25 août 2011, p. 2218 qui, par son caractère interminable et alambiquée montre en creux que le système actuel ne fonctionne tout simplement pas...).

#### 7) Variantes et offres de base

En réprimant l'obligation pour les candidats de toujours présenter une offre de base quand ils proposent une variante lorsque celle-ci est autorisée (ce qui n'est pas une obligation pour le pouvoir adjudicateur), l'article 16 du décret répond à une attente des PME innovantes qui peuvent apporter des solutions plus économiques et/ou performantes sans avoir les ressources pour proposer des offres de base plus coûteuses.

La réforme va sans doute poser des problèmes aux pouvoirs adjudicateurs pour comparer les offres et exposer les candidats à voir leur simple offre variante écartée au cas où la collectivité publique déciderait de s'en tenir aux offres de base, mais elle devrait être un stimulant pour la concurrence et l'innovation.

#### 8) Présentation des offres par les groupements d'entreprises dans les accords-cadres et marchés à bons de commande

En principe, en cas de groupement conjoint d'opérateurs économiques, l'article 51-III du code des marchés publics dispose que l'acte d'engagement indique « le montant » et la répartition détaillée des prestations que chacun des membres du groupement s'engage à exécuter.

Afin de faciliter leur constitution, notamment entre PME, pour les marchés où la répartition future des quantités et des prestations ne peut être comme des candidats – ce qui est le cas des accords-cadres et des marchés à bons de commande –, l'article 17 du décret complète le premier alinéa de l'article 51-III du code des marchés, en indiquant que, pour ces marchés, « l'acte d'engagement peut n'indiquer que la répartition (technique) des prestations sans que les membres du groupement s'engagent sur leur montant.

#### 9) Critères de sélection des offres et développement des approvisionnements directs des produits de l'agriculture

L'article 1° -V de la loi de modernisation de l'agriculture et de la pêche du 27 juillet 2010 indique que : « *l'État se donne pour objectif de recourir, pour l'approvisionnement de ses services de restauration collective, à des produits faisant l'ob-*

*jet de circuits courts de distribution impliquant un exploitant agricole ou une organisation regroupant des exploitants agricoles.* »

Afin de mettre en œuvre cet objectif – tant pour l'État que pour tous les autres pouvoirs adjudicateurs responsables de restaurations collectives (collectivités territoriales, établissements de santé et de retraite...) –, destiné à « casser » les prix des fournitures alimentaires résultant des différents « intermédiaires » intervenant sur cette filière, le gouvernement avait initialement envisagé d'en faire un droit de préférence en faveur des exploitants agricoles analogue à celui bénéficiant aux SCOP ou aux sociétés d'artisans, figurant à l'article 52-IV du code des marchés publics. L'engagement d'un contentieux devant la CJUE sur question préjudicielle posée par le tribunal administratif de Montreuil (affaire C-269/10) sur l'incompatibilité avec le droit de l'Union de ces droits de préférence (aujourd'hui clos après désistement du requérant) avait montré que la commission était prête à engager un recours en manquement contre la France si cette dernière en élargissait le champ.

D'où alors l'idée d'en faire, à l'article 16 du code des marchés publics, une condition d'exécution du marché.

Mais, devant le risque qu'une telle option suscite quand même un contentieux de la part de la Commission européenne (exiger que les produits alimentaires fournis par le titulaire du marché proviennent à 50 % directement d'agriculteurs aurait nécessairement réduit le nombre des opérateurs aptes à concourir) et devant la difficulté qu'il y aurait eu pour les pouvoirs adjudicateurs à vérifier cette condition d'exécution (qu'est-ce d'ailleurs qu'un « circuit court » ? Un seul intermédiaire jusqu'au consommateur ?), le gouvernement a préféré faire de l'objectif du circuit court un des critères de choix des offres dans les procédures formalisées, pondéré, par exemple, selon l'objet du marché, à 5, 15, voire 25 % du nombre de points. D'où alors l'insertion par l'article 18 du décret au 1° du I de l'article 53 du code des marchés publics des mots « *les performances en matière de développement des approvisionnements directs des produits de l'agriculture* » comme l'un des critères sur lesquels le pouvoir adjudicateur peut se fonder pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

#### **10) Les marchés associant conception, réalisation et exploitation ou maintenance**

En prenant la place des marchés de définition aujourd'hui disparus du fait de la jurisprudence de la CJUE, l'article 20 du décret de 2011 rétabli dans le code une section III intitulée « *marchés associant conception, réalisation et exploitation ou maintenance* » composée d'un article 73 unique.

Il s'agit là de marchés globaux qui associent, pour la réalisation d'un bâtiment ou d'un équipement public, des prestations de construction (avec, le cas échéant, la conception de l'ouvrage) puis l'exploitation ou la maintenance de celui-ci « *afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis*

*notamment en termes de niveau d'activité (par exemple la fréquentation de l'ouvrage), de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique.* »

Au cas où le marché comprend la réalisation de travaux, l'entrepreneur ne peut être associé à la conception de l'ouvrage que pour la réalisation d'engagements de performance énergétique ou pour des motifs techniques (V. art. 18 modifié de la loi MOP de 1985).

Comme dans les contrats de partenariat, ces marchés comportent des engagements de performance mesurable dont la réalisation effective conditionne le montant de la rémunération due au titulaire du marché (ce type de marché est ainsi, par exemple, bien adapté à l'éclairage public dont on sait qu'il a récemment emprunté les voies du contrat de partenariat. Il pourrait également servir à la réalisation d'ouvrages publics collectifs sportifs ou culturels). De même, la durée de marché tient compte des délais nécessaires à la réalisation de ces objectifs et engagements qui constituent son objet.

Toutefois, à la différence du contrat de partenariat, la rémunération du titulaire du marché ne doit pas déroger à l'interdiction des paiements différés (art. 96 du code) et au fait que la structure de la rémunération de l'exploitation de l'ouvrage ne puisse contribuer au paiement de sa construction (article 10 du code).

Outre le fait que la maîtrise d'ouvrage de l'opération restera de la responsabilité des pouvoirs adjudicateurs, ces limites financières vont-elles alors constituer des freins au succès de cette nouvelle catégorie de marché ? Ce n'est pas certain, s'il s'opère un subtil arbitrage de la part des pouvoirs adjudicateurs entre contrats de partenariat et marchés publics globaux de l'article 73.

Il sera rendu compte de façon plus détaillée de ce nouveau marché dans le *BJCP* n° 80.

#### **11) Marchés de maîtrise d'œuvre**

L'article 21 du décret procède à une réécriture assez complète de l'article 74 du code des marchés publics relatif aux marchés de maîtrise d'œuvre afin de clarifier les cas dans lesquels telle ou telle procédure doit être utilisée pour la conclusion de ces marchés.

De ce point de vue, le décret de 2011 innove en permettant le recours au dialogue compétitif pour choisir les maîtres d'œuvre et supprime l'obligation faite aux assemblées délibérantes des collectivités territoriales de choisir finalement le maître d'œuvre, permettant alors au droit commun du CGCT de jouer afin d'autoriser les assemblées à déléguer cette compétence à l'exécutif ou au bureau de la collectivité.

#### **12) Information des candidats évincés**

L'article 24 du décret procède à une nouvelle écriture partielle de l'article 80 du code des marchés publics afin, d'une part, d'être plus claire et, d'autre part, de tenir compte de son annulation partielle par le Conseil d'État qui a récemment

considéré qu'il était non conforme à la directive recours modifiée (CE 1<sup>er</sup> juin 2011, *Koné* : *BJCP* 2011, n° 76). Désormais, le non-respect du délai de « standstill » n'est possible que dans le cas où l'attribution du marché est faite au seul opérateur ayant participé à la consultation (et non pas quand un seul a déposé une offre) et, comme avant, dans le cas des marchés fondés sur un accord-cadre ou un système d'acquisition dynamique (sous réserve que le pouvoir adjudicateur ait respecté les délais prévus au 9<sup>o</sup> alinéa du I de l'article 80, réécrit à cette occasion).

### 13) Délais de paiement

L'article 27 du décret modifie l'article 98 du code des marchés publics pour indiquer que, pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, les délais de paiement sont ramenés au délai de 30 jours applicable à l'État, seuls les établissements de santé civils et militaires restant soumis au délai de 50 jours (dont on ne comprend pas toujours pourquoi ils bénéficient d'un tel privilège). En conséquence, les articles 46 à 49 du décret modifient les dispositions correspondantes du décret n° 2002-232 du 21 février 2002 relatif à la mise en œuvre du délai maximum de paiement dans les

marchés publics, dispositions qui pourront, à l'avenir, être modifiées par décret simple (art. 52).

**Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats relevant de la commande publique, JO 26 août 2011, p. 14453.**

## MARCHÉS PUBLICS DE DÉFENSE OU DE SÉCURITÉ

Un décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011 pris en application de la loi n° 2011-702 du 22 juin 2011 prise elle-même pour transposer la directive communautaire 2009/81 du 13 juillet 2009, réforme profondément le droit applicable aux « marchés publics de défense » et introduit une nouvelle partie dans le code des marchés publics de plus de 115 articles.

Il sera rendu compte de cette loi et de ce décret dans le *BJCP* n° 79.

**Décret n° 2011-1104 du 14 septembre 2011.**

## RÉPONSES MINISTÉRIELLES

### ■ MARCHÉS PUBLICS – PASSATION

#### Clauses d'insertion sociale – Utilisation dans les marchés publics – Conditions – Retours d'expérience.

#### Question

**Dans quelles circonstances et conditions est-il possible d'avoir recours aux clauses d'insertion sociale dans les marchés publics ?**

#### Réponse

Le ministre du Travail répond que : « L'article 14 du code des marchés publics prévoit la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices de définir des conditions d'exécution des marchés à caractère social ou environnemental. Il ne s'agit pas de critères de sélection permettant le classement des offres, mais de conditions d'exécution du marché que devra respecter l'attributaire du marché. Le pouvoir adjudicateur indique, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou les documents de la consultation, l'exigence d'une ou plusieurs clauses d'exécution, détaillées dans le cahier des charges. Elles ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire. Les conditions d'exécution sont définies dans les clauses du contrat. Ces

*outils permettent aux acheteurs publics de fixer eux-mêmes le niveau d'exigence environnementale ou sociale qu'ils souhaitent voir atteint dans l'exécution de leurs marchés. Ils œuvrent l'ensemble du champ de l'achat public sans restriction de montant ou d'objet. Les conditions d'exécution environnementales peuvent être diverses. À titre d'exemple, l'acheteur peut imposer la livraison/emballage en vrac plutôt qu'en petit conditionnement, la récupération ou réutilisation des emballages, la livraison des marchandises dans des conteneurs réutilisables, la collecte et le recyclage des déchets produits. En matière sociale, le marché peut prévoir de faire effectuer la prestation en intégrant des heures de travail d'insertion ou toute autre considération sociale comme la promotion de la diversité et l'égalité des chances. Les clauses sociales peuvent ainsi poursuivre un objectif d'insertion des personnes éloignées de l'emploi, notamment par l'affectation d'un certain nombre d'heures travaillées à des publics en situation de précarité ou d'exclusion : chômeurs de longue durée, bénéficiaires de minima sociaux, jeunes ayant un faible niveau de qualification ou travailleurs handicapés. Les clauses sociales peuvent également avoir pour objet la mise en œuvre d'actions de formation à destination de ces publics. Par exemple, le pouvoir adjudicateur peut insérer dans son marché une clause prévoyant que l'attributaire s'astreint, pour les besoins du marché, à recruter au moyen de curriculum vitae anonymes ou à mener des actions*

de sensibilisation de leurs sous-traitants et de leurs fournisseurs. Ces clauses qui doivent être pertinentes, socialement utiles et bien ciblées, doivent être rédigées en respectant les règles suivantes : offrir à tous la possibilité de satisfaire à la clause ; ne pas fixer de modalités obligatoires de réalisation de la clause, mais offrir plusieurs possibilités ; ne pas être discriminatoires à l'égard des candidats potentiels et s'imposer, de manière égale, à toutes les entreprises concurrentes ; ne pas limiter la concurrence. L'ensemble des praticiens sont régulièrement sensibilisés à la nécessité de tenir compte de la diversité dans la commande publique. Ainsi, le colloque consacré au développement des clauses sociales, qui s'est tenu le 17 octobre 2008 à Bercy, a réuni 300 praticiens de toute l'Europe autour d'une idée centrale : échanger des bonnes pratiques visant à faciliter l'insertion des demandeurs d'emploi et des personnes souffrant de handicap par le biais des marchés publics. La Communauté urbaine de Nantes, la SNCF et Veolia ont ainsi pu présenter des retours d'expérience. Compte tenu de la diversité des clauses d'exécution à caractère social ou environnemental, il est difficile de dresser un bilan statistique des mesures en faveur des personnes en difficulté. Au regard du nombre important d'acheteurs locaux, l'évaluation de l'insertion de clauses sociales dans les marchés devrait être effectuée au niveau de l'échelon local. Néanmoins, au sein de l'Observatoire économique de l'achat public (OEAP), un groupe de travail a élaboré un rapport sur la promotion de la diversité dans la commande publique à partir de l'expérimentation dans les grands marchés de l'État. Dans ce rapport, l'OEAP rappelle l'absence de statistiques générales sur le sujet. Mais, il cite des retours d'expérience sur des mesures en faveur de l'accès à l'emploi des personnes qui en sont éloignées. Par exemple, l'Agence nationale de rénovation urbaine (ANRU) impose qu'au minimum 5 % du nombre d'heures nécessaires pour exécuter des travaux qu'elle finance soient réalisés par les habitants des zones urbaines sensibles. Ainsi, le rapport d'activité de l'ANRU, établi au 30 juin 2009, fait apparaître que 4,8 millions d'heures d'insertion ont été effectuées dans 257 projets de rénovation urbaine, bénéficiant à 12 650 personnes, dont 71 d'entre elles habitent les quartiers concernés par la rénovation, 40 % sont des jeunes, 91 % ont un niveau de qualification faible. Par ailleurs, soucieuse de promouvoir la prise en compte des aspects sociaux dans les procédures de marchés publics, la France, dans le cadre de sa contribution au livre vert sur la modernisation de la politique de l'Union européenne en matière de marchés publics, a proposé un assouplissement du lien entre l'objet du marché et les critères d'attribution. Cet assouplissement permettrait, par exemple, aux acheteurs de prendre en compte, lors de l'attribution d'un marché, les performances du candidat en matière d'insertion et ce quel que soit l'objet du marché. »

(Réponse à Mme N. Ameline, QE n° 103083, JO AN 5 juillet 2011, p. 7320)

## Commission d'appel d'offres – Titulaires et suppléants – Conditions de remplacement d'un titulaire par un suppléant.

### Question

En cas d'empêchement d'un titulaire d'une CAO, comment faut-il convoquer le suppléant ?

### Réponse

La ministre de l'Économie répond que : « Aux termes du III de l'article 22 du code des marchés publics, "Il est pourvu au remplacement d'un membre titulaire de la commission d'appel d'offres par le suppléant inscrit sur la même liste et venant immédiatement après le dernier titulaire élu de ladite liste". Cette disposition figure dans le code des marchés publics depuis 2001. La règle relative à l'ordre de priorité des suppléants ne concerne que l'actualisation de la liste des titulaires et suppléants lorsqu'un membre titulaire vient à cesser définitivement ses fonctions. Elle ne régit pas, en revanche, l'ordre de convocation et de participation des suppléants aux séances de la commission en cas d'empêchement momentané d'un de ses membres titulaires, comme le confirme l'arrêt cité (CAA Lyon 22 septembre 2009, Société Titanair, req. n° 07LY01393). Par conséquent, dans l'hypothèse d'un empêchement momentané d'un des membres titulaires, le suppléant convoqué, s'il doit être inscrit sur la même liste que le titulaire empêché, peut ne pas être le premier inscrit sur cette liste. »

(Réponse à M. O. Dosne, QE n° 102461, JO AN 5 juillet 2011, p. 7318)

## ■ MARCHÉS PUBLICS – EXÉCUTION

### Sous-traitance – Sous-traitant du sous-traitant – Droit applicable.

### Question

Le sous-traitant du sous-traitant doit-il être agréé par le pouvoir adjudicateur ?

### Réponse

La ministre de l'Économie répond que : « La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 dispose qu'un entrepreneur peut confier à un sous-traitant l'exécution de tout ou partie d'un contrat d'entreprise ou d'une partie d'un marché public. Ce faisant, le législateur a entendu établir le principe du libre choix par l'entreprise entre l'exécution personnelle des prestations et le recours à la sous-traitance. Par ailleurs, le droit communautaire rappelle "qu'il est loisible à un prestataire

qui ne remplit pas à lui seul les conditions minimales exigées pour participer à la procédure d'adjudication d'un marché public [...] de faire valoir auprès du pouvoir adjudicateur les capacités de tiers auxquels il compte faire appel si le marché lui est attribué" (CJCE 18 mars 2004, Siemens AG Österreich, ARGE Telekom et Partner, aff. C-314/01). *Conscient toutefois du risque que peut faire courir à des PME l'exercice du droit de sous-traiter, le législateur n'a pas fait de la liberté de recourir à la sous-traitance, une liberté absolue. L'article 3 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 (repris à l'article 112 du code des marchés publics) impose, en effet, à l'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants, de faire accepter chaque sous-traitant et agréer ses conditions de paiement par le maître de l'ouvrage. Sont soumis à cette obligation les sous-traitants de premier rang, mais également ceux des rangs inférieurs. En effet, l'article 2 de cette même loi précise que "le sous-traitant est considéré comme entrepreneur principal à l'égard de ses propres sous-traitants". Les sous-traitants des rangs inférieurs sont donc d'ores et déjà soumis à la même obligation d'acceptation et d'agrément que les sous-traitants de premier rang. L'article 362 du CCAG applicable aux marchés publics de travaux prévoit d'ailleurs les modalités d'application des dispositions de l'article 112 du code des marchés publics au sous-traitant indirect, c'est-à-dire au sous-traitant d'un sous-traitant quel que soit son rang dans la chaîne de sous-traitance. »*

(Réponse à Mme V. Rosso-Debord, QE n° 101807, JO AN 5 juillet 2011, p. 7314)

## ■ CONTENTIEUX DES CONTRATS PUBLICS

### Transaction – Collectivité territoriale – Pouvoirs du maire.

#### Question

**Dans les collectivités territoriales, la signature d'une transaction doit-elle être autorisée par l'assemblée délibérante ?**

#### Réponse

Le ministre de l'Intérieur répond que : « *La transaction constitue l'unique possibilité offerte au maire de régler par voie de protocole amiable les actions en justice en cours. Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux peuvent recourir à la transaction librement depuis la loi du*

*2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions sans avoir à solliciter l'accord du Premier ministre (Cf. Avis CE Section des travaux publics du 21 janvier 1997). L'article L. 2122-21 du code général des collectivités territoriales dispose : "Sous le contrôle du conseil municipal et sous le contrôle administratif du représentant de l'État dans le département, le maire est chargé, d'une manière générale, d'exécuter les décisions du conseil municipal et, en particulier : [...] 7° De passer dans les mêmes formes les actes de vente, échange, partage, acceptation de dons ou legs, acquisition, transaction, lorsque ces actes ont été autorisés conformément aux dispositions du présent code ; [...]"*. Aux termes de l'article 2044 du code civil, "la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître [...]". Dès lors, la signature d'une transaction nécessite par principe l'accord de l'organe délibérant, qui doit se prononcer "sur tous les éléments essentiels du contrat à intervenir, au nombre desquels figurent, notamment, la contestation précise que la transaction a pour objet de prévenir ou de terminer et les concessions réciproques que les parties se consentent à cette fin" (Cf. CE 11 septembre 2006, Commune de Théoule-sur-Mer). La signature de la transaction par l'exécutif local ne peut donc intervenir avant que la délibération de l'organe délibérant qui l'autorise n'ait acquis un caractère exécutoire. S'agissant de la portée des transactions et en vertu de l'article 2052 du code civil, le contrat de transaction a, entre ces parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Cette règle est applicable aux transactions administratives (Avis CE Ass. 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second degré de l'Haÿ-les-Roses). Si la transaction est conclue avant l'introduction d'un recours contentieux, ce dernier sera rejeté comme irrecevable (CE 31 mars 1971, Baysse). Si la transaction est conclue en cours d'instance, elle rend le recours sans objet, justifiant le prononcé par le juge d'un non-lieu à statuer, à moins que le demandeur ne se désiste de son action ou que les parties ne sollicitent l'homologation de leur accord par le juge. »

(Réponse à Mme M.-J. Zimmermann, QE n° 97749, JO AN 23 août 2011, p. 9040)