



**HAL**  
open science

**Les risques de la discussion (1), in F. Lichère (dir.), La discussion dans les contrats publics, Actes du colloque du 20 sept. 2021 de la Chaire des contrats publics, Université Lyon 3, JCP A, 2021, n° 2342.**

Christophe Roux

► **To cite this version:**

Christophe Roux. Les risques de la discussion (1), in F. Lichère (dir.), La discussion dans les contrats publics, Actes du colloque du 20 sept. 2021 de la Chaire des contrats publics, Université Lyon 3, JCP A, 2021, n° 2342.. La Semaine Juridique. Administrations et collectivités territoriales, 2021. hal-03742086

**HAL Id: hal-03742086**

**<https://hal.science/hal-03742086>**

Submitted on 13 Jun 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

# Les risques de la discussion (1)

La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales (JCP A) n° 46, 16 Novembre 2021, 2342

**Etude par Christophe Roux professeur de droit public - directeur de l'EDPL (EA 666) - université Jean Moulin – Lyon 3**

1. - « *C'est une grande misère que de n'avoir pas assez d'esprit pour bien parler, ni assez de jugement pour se taire* »<sup>Note 1</sup>. En espérant que cette contribution n'en sera pas l'illustration, la présente citation possède l'immense mérite de résumer en peu de mots la plupart des dangers que recèle la discussion dans le cadre du droit de la commande publique, sauf à considérer que – l'on y reviendra – il existe sans doute également des hypothèses où se taire et ne pas discuter en présentent presque autant. De fait, et à l'instar de la négociation qui a été longtemps frappée de suspicion, la discussion fait figure de « *tempora non grata* » par l'opacité dont elle recèle et qu'elle génère, traînant sa cohorte de délits ou d'illégalités en germe, qu'il s'agisse de pointer la méconnaissance du principe de transparence, d'égalité de traitement des candidats ou, encore, le commencement d'exécution des délits les plus marquants du droit pénal de la commande publique. Entre « *maison de verre* » et « *opacités savamment calculées* » pour reprendre les mots du commissaire du Gouvernement Piveteau au sujet de la négociation<sup>Note 2</sup>, c'est entre deux eaux particulièrement mouvantes que la discussion tente d'émerger péniblement au sein du droit positif, ceci dans un océan juridique contemporain qui, d'un côté, la plébiscite en pratique (celle-ci étant perçue comme un gage de performance économique et opérationnelle) et qui, de l'autre paradoxalement, continue d'endiguer son petit atoll, comme en témoigne le déclin de l'*intuiti personae*, la place centrale réservée à l'écrit dans la sphère contractuelle ou, encore, la dématérialisation des procédures, laquelle agit comme un repoussoir à toute forme de rencontres et discussions informelles<sup>Note 3</sup>.

Au diapason de ce sommaire constat, force est d'admettre que la discussion présente de nombreux risques dont la plupart ont été déjà esquissés dans les contributions précédentes, avec, en filigrane, cette idée intuitive selon laquelle la discussion pourrait rapidement venir rompre la neutralité et l'impartialité de l'acheteur, celui-ci se laissant alors guider « *par des considérations étrangères au contrat en cause* »<sup>Note 4</sup>. Afin d'éprouver ce constat, l'on tentera dans un premier temps de recenser les différents vecteurs de risques, la finalité étant de ramasser, au travers d'une typologie sommaire, l'ensemble des éléments qui déterminent « *l'échelle de risque* » de la discussion (1). Dans un second temps, l'on traitera des risques juridicisés, étude qui vient tout à la fois confirmer et nuancer l'étendue des aléas liés à la pratique de la discussion (2).

## 1. Les vecteurs de risques

2. - On peut les sérier en trois variables, à savoir sous l'angle temporel (A), personnel (B) et matériel (C), le dernier volet concentrant, de fait, les problématiques majeures.

**A.** – C'est en premier lieu sous l'angle temporel que les facteurs de risques liés à la discussion peuvent être inventoriés. Les échanges ont certes permis de distinguer ce qui relevait de la « *discussion* » de ce qui appartenait à « *la négociation* », marquant les limites de l'analogie<sup>Note 5</sup>. Mais, quitte à enfoncer des portes ouvertes, on s'autorisera à penser que, par essence, le « *temps* » de la discussion prête moins à menaces lorsqu'il vient se lover, précisément, durant une phase (autorisée) de négociation, ceci en respectant le calendrier prévu dans les documents de consultation même si, en matière de concession, la jurisprudence retient qu'il n'existe aucune obligation de prévoir *a priori*

un calendrier de celle-ci<sup>Note 6</sup>. Le temps de la discussion est encore parfois balisé par les textes, lesquels semblent *a maxima* cantonner la discussion à une simple audition, et encore : ainsi de l'article R. 2161-29 CCP relatif à la procédure de dialogue compétitif selon lequel, après l'offre finale, seule des « *clarifications, précisions, perfectionnement ou compléments peuvent être demandés aux candidats* », laissant entendre que la discussion et l'échange n'ont plus lieu d'être, seul l'envoi unilatéral d'informations étant de mise. Pour le reste, c'est sans discriminant à toutes les étapes de la phase contractuelle, qu'il s'agisse de la passation ou de l'exécution, que les risques liés à la discussion viendront poindre. Assurément, on ne saurait négliger la phase de préparation de la procédure, certaines étapes, tel le *sourcing*<sup>Note 7</sup>, se révélant périlleuses, soit que la démarche mène au dévoilement d'informations confidentielles soit que, plus globalement, elle entraîne une rupture en devenir de l'égalité de traitement entre candidats, circonstance dont le Code de la commande publique tente de prémunir les acheteurs (*V. CCP, art. R. 2111-2*).

**B.** – C'est ensuite sous l'angle organique (ou « *personnel* ») que l'on pourra tenter d'enrichir les barreaux de l'échelle des risques, la présence ou l'absence de certains interlocuteurs se présentant comme un facteur d'aléas. Si la jurisprudence retient qu'aucune disposition législative ou réglementaire, ni aucun principe général du droit, n'interdisent l'autorité concédante ou le pouvoir adjudicateur de s'adjoindre, pendant la négociation, des conseils de personnalités qualifiées, de cabinets privés ou d'assistants à maîtrise d'ouvrage<sup>Note 8</sup>, il faut d'admettre que l'accroissement du nombre d'acteurs démultipliera par voie de conséquence tout à la fois l'aléa relatif aux fuites d'informations, autant que les risques de conflits d'intérêts susceptibles de germer, lors de certaines discussions. Le juge administratif a, dans ces hypothèses, déjà pu préciser la teneur des mesures à adopter, notamment la décision de les écarter des réunions de négociation<sup>Note 9</sup>. Ensuite, si la discussion est envisageable, elle ne devra généralement pas revêtir un caractère unilatéral ou sélectif. Dit autrement, si la discussion s'engage, encore faudra-t-il qu'elle soit menée avec une pluralité d'opérateurs et/ou offreurs. Le principe est établi dans les phases de négociation, la discussion devant être diligentée avec tous les candidats ou offreurs<sup>Note 10</sup>. Même si certains textes réservent la faculté de limiter le nombre d'opérateurs invités à ladite négociation, ce dernier devra toujours être suffisant pour « *assurer une concurrence effective* » (*CCP, art. R. 2142-15*). Il en va de même dans le cadre des démarches de *sourcing* où les textes imposent implicitement que les études et échanges préalables soient menés auprès d'une pluralité d'opérateurs économiques<sup>Note 11</sup>.

**C.** – C'est toutefois naturellement sous l'angle matériel, c'est-à-dire quant au contenu même de la discussion, que les risques apparaissent les plus manifestes : sans véritable horizon, le champ des plausibles en matière de discussion se révèle immense, ouvrant corrélativement des facteurs de risque presque aussi infinis.

Certes, le risque sans doute le plus évident consiste dans le fait de « *trop* » discuter, confirmant l'aphorisme selon lequel celui qui ouvre la bouche perd certainement une bonne raison de se taire. La discussion peut, entre autres, amener à divulguer des informations rompant le principe d'égalité de traitement, soit parce que ces informations ne seraient délivrées qu'à certains (et pas à d'autres), soit parce qu'elle conduirait à en révéler certaines qui violeraient le principe de confidentialité des offres ou le principe du secret des affaires, en méconnaissance des articles L. 2132-1, L. 2332-1 et L. 3122-3 CCP. On relèvera toutefois que, si l'on procède par analogie avec la jurisprudence rendue en matière de négociation, la discussion n'implique pas une identité « *d'objet* », de « *thèmes* » et de « *questions* » avec les différents candidats, comme ont pu le reconnaître certaines juridictions du fond<sup>Note 12</sup>. Le contenu même de la discussion paraît encore suspect, lors même qu'il porterait sur des éléments qui, selon les dispositions du Code de la commande publique, ne peuvent faire l'objet d'une quelconque négociation : ainsi en irait-il dès lors que la discussion entend traiter, en phase de passation d'une concession, de l'objet de celle-ci, des critères d'attribution ou des conditions et caractéristiques minimales indiquées dans les documents de consultation (*CCP, art. L. 3124-1*). Le

contenu de la discussion flirterait encore dangereusement avec la légalité dès lors qu'elle aurait pour objet ou, du moins, pour effet de modifier « *la nature globale du marché public ou de la concession* »<sup>Note 13</sup>

Le second facteur de risque, peut-être moins évident, consiste aussi et en sens inverse à ne pas discuter ou, du moins, pas assez. D'un point de vue opérationnel, la discussion permet d'abord de contenir les différends, quand elle ne se révèle pas strictement nécessaire, bien en amont, à la bonne compréhension du document de consultation des entreprises, par essence souvent complexe. En se déportant sur les aspects plus théoriques, et en tenant là encore pour acquis – pour les besoins de la cause – l'étroitesse des liens unissant négociation et discussion, on relèvera l'impossibilité de renoncer à la négociation (et donc à une quelconque discussion) dans les marchés à procédure adaptée, sauf à avoir indiqué préalablement, dans les documents de consultation, la faculté même de s'en détourner<sup>Note 14</sup>. Au-delà, d'autres hypothèses visées par le code ou la jurisprudence laissent entendre que l'absence de discussion pourrait caractériser la méconnaissance de règles procédurales : ainsi en irait-il de l'exigence de contradictoire qui fait quelques timides incartades en matière contractuelle notamment au stade de l'exécution<sup>Note 15</sup>. *Idem* s'agissant de la justification susceptible d'être demandée aux offreurs en présence d'une offre anormalement basse (CCP, art. R. 2152-3 et s.) ou, encore, s'agissant de l'obligation de recourir à des modes amiables de règlement des différends, les nouveaux CCAG reprenant à l'unisson le principe selon lequel les parties « *s'efforceront de régler à l'amiable tout différend éventuel relatif à l'interprétation des stipulations du marché ou à l'exécution des prestations objet du marché* »<sup>Note 16</sup>, ceci laissant entendre qu'une sphère de discussion est, dans ces circonstances, hautement souhaitée.

Ne pas discuter mais aussi, et enfin, ne pas « *suffisamment* » ou « *correctement* » discuter sous un angle qualitatif. Tel est le sens de la jurisprudence Communauté de communes de l'enclave des Papes où la cour phocéenne a estimé que, dès lors qu'il y avait recours à la négociation, celle-ci ne peut rester au stade de la discussion molle ou neutre : méconnaît ainsi ses obligations procédurales l'acheteur qui se contenterait d'auditionner les candidats et de leur demander des précisions sur leurs offres, sans les mettre en capacité de négocier réellement, en les invitant à faire « *des propositions d'ordre technique, juridique, économique ou financier, leur permettant, le cas échéant, d'améliorer leur offre par rapport aux autres candidats* »<sup>Note 17</sup>. En sens inverse, ceci démontrant une nouvelle fois l'analogie tronquée entre discussion et négociation, seule la discussion *stricto sensu* sera de mise dans le cadre d'une procédure de dialogue compétitif, celle-ci ne constituant ni le moment pour négocier avec les candidats ni celui de procéder à des demandes d'explication quant au contenu de leurs offres<sup>Note 18</sup>.

## 2. La juridicisation des risques

3. - Si l'on se déporte vers la juridicisation des risques, celle-ci pourra emprunter des formes variables que, là encore, par esprit de systématisme, l'on tentera de sérier au travers de deux éléments essentiels : ceux liés à la méconnaissance des principes fondamentaux de la commande publique, d'une part (**A**) ; les aspects pénaux, d'autre part (**B**). Le propos n'aura dès lors rien d'exhaustif puisque d'autres éléments mériteraient certainement une attention soutenue. On pense, entre autres, aux risques liés à la méconnaissance des règles de concurrence, et notamment à la prohibition des ententes dont les discussions informelles sont souvent le terreau, plus particulièrement dans les secteurs oligopolistiques<sup>Note 19</sup>. De même, la discussion – surtout dans la phase d'exécution – peut présenter des dangers lorsqu'il s'agit d'aborder, par exemple, la question des indemnités, pénalités et sanctions ou, encore, les modifications du contrat. Dans ces conjonctures, la discussion pourrait rapidement venir tordre le principe d'interdiction, pour les personnes publiques, de consentir des libéralités<sup>Note 20</sup>, sans compter, même si la liaison est mal établie dans le domaine contractuel<sup>Note 21</sup>, la survenance potentielle d'aides d'État, les promesses orales ayant déjà suffi par le passé à les constituer<sup>Note 22</sup>.

**A.** – Ces bribes d'éléments mises de côté, les risques les plus évidents ressortent de la méconnaissance des principes fondamentaux de la commande publique avec, en premier chef, le principe de transparence et le principe d'égalité de traitement des candidats à la commande publique. Au titre du premier, nul doute que la discussion vient potentiellement la voiler par son opacité. L'on peut se demander, en premier lieu, si le principe de transparence ne serait pas méconnu du seul fait que les échanges entre l'acheteur et les candidats n'ont pas été loyalement consignés, là où les textes l'imposent, ceci au passage par « *tous les moyens appropriés* » (CCP, art. L. 3122-2). En bref, et au-delà de la dématérialisation des procédures qui conforte le règne de l'écrit, une obligation de moyen renforcée pèse désormais sur les acheteurs publics, la transparence impliquant de s'adjoindre les services permanents d'un scribe qui révélera *in fine* l'informel. Enfin, et même si à ce stade l'idée nous paraît excessive, on pourra se demander si l'obligation de publicité préalable<sup>Note 23</sup> qui pèse sur les acheteurs publics dès lors qu'ils entendent recourir à la négociation ne doit pas s'appliquer également aux phases de discussion ; en tout état de cause, tel est le sens déjà des mesures de publicité préalables aux opérations de *sourcing* parfois diligentées par certaines collectivités, *via* l'émission d'avis de consultation préalable ou de pré-information (CCP, art. R. 2131-1), même si aucun texte ne l'impose encore à ce stade<sup>Note 24</sup>.

C'est toutefois au titre du second, le principe d'égalité de traitement, que les risques liés à la discussion apparaissent les plus saisissants, notamment lorsqu'elle mène – par inadvertance ou non – à la divulgation sélective d'informations privilégiées en faveur de certains, ceci dépassant du reste le seul stade de la passation : on pense ici aux informations spécifiques dont bénéficierait l'ex-cocontractant de l'Administration, celui-ci disposant souvent, dans les faits, d'un avantage par rapport à ses concurrents pour se voir renouveler un contrat public, son abus de position dominante étant même parfois invoqué<sup>Note 25</sup>. Plus largement, par la spontanéité coupable qu'elle est susceptible de fomenter et fermenter, la discussion paraît susceptible de mener à rupture du principe de confidentialité, comme lorsque, par ce biais, il serait révélé les caractéristiques des offres concurrentes<sup>Note 26</sup> ; *via* la discussion, il conviendra encore de prendre garde à ne pas violer la protection du secret des affaires, protégé respectivement par les articles L. 2132-1 CCP et L. 151-1 du Code de commerce.

On terminera ce volet par un pas de côté, du moins un léger détour vers le principe d'impartialité dont nul n'ignore l'instrumentalisation de plus en plus fréquente<sup>Note 27</sup>, celui-ci étant au nombre des principes généraux qui s'impose aux pouvoirs adjudicateurs et dont la méconnaissance est « *constitutive d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence* »<sup>Note 28</sup>. On sait que sa survenance est favorisée, entre autres, par une vision désormais évasée de la notion de conflits d'intérêts, au moins depuis que la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique le définit comme « *toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés, qui est de nature à influencer ou paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction* »<sup>Note 29</sup>. Pour l'exposer sans ambages : la discussion est-elle de nature à faire naître ou à révéler une telle situation ? Assurément oui, s'agissant de la première hypothèse, lors même que la discussion, au moins du point de vue de la théorie des apparences, peut laisser suggérer des liens d'affaire ou amicaux poussés avec certains candidats et/ou offreurs. Suffit-elle, toutefois, à révéler un tel conflit ? Il y a tout lieu d'en douter : à ce stade, la jurisprudence se contente de pointer les conflits d'intérêts objectifs, c'est-à-dire ceux révélés par des éléments structurels et institutionnels marqués<sup>Note 30</sup>. Plus encore, la jurisprudence se range à une appréciation *in concreto* du conflit d'intérêts<sup>Note 31</sup>, marquant son souhait de « *poser des limites à la suspicion, voire à la paranoïa* »<sup>Note 32</sup>. En bref, et pour s'en tenir à une idée simple : le doute ne suffit pas, d'autant plus si les liaisons paraissent « *inéluçtables* » entre les différents protagonistes, le monde de la commande publique restant un « *petit milieu* »<sup>Note 33</sup>. On relèvera encore que, sous l'angle contentieux, les potentialités offertes par le respect du principe d'impartialité restent contenues à ce stade, les éventuelles méconnaissances procédurales pouvant bénéficier d'une salvatrice « *danthonyisation* »<sup>Note 34</sup>, seules celles ayant été susceptibles d'avoir une

influence déterminante sur la procédure de passation pouvant prospérer. Le juge tient compte encore des mesures correctrices adoptées par le pouvoir adjudicateur pour, le cas échéant, écarter l'atteinte au principe d'impartialité<sup>Note 35</sup>. Reste que, indéniablement, la vigilance doit rester de mise : d'une part, ailleurs, la théorie des apparences n'a de cesse de gagner du terrain ; d'autre part, l'on rappellera que les acheteurs sont ici coincés entre le marteau et l'enclume : s'ils se doivent d'écarter, en vertu des articles L. 2141-8, L. 2141-10 et L. 3123-10 CCP toutes les « *personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts* », c'est uniquement « *lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens* ». C'est dire que les acheteurs pourront voir leurs procédures de passation fragilisées et, potentiellement, leur responsabilité engagée, précisément si elles n'ont pas adopté les moyens suffisamment appropriés pour y remédier.

**B.** – L'étude du principe d'impartialité et des conflits d'intérêts offre une passerelle toute trouvée pour cheminer vers le deuxième (grand) volet des risques juridicisés, à savoir les ceux relevant du droit pénal<sup>Note 36</sup>. Sans entrer dans les détails, la discussion pourra être un commencement d'indice, à défaut de constituer l'élément matériel de l'infraction, dans le cadre des délits de favoritisme ou de prise illégale d'intérêts, respectivement visés aux articles 432-14 et 432-12 du Code pénal<sup>Note 37</sup>, ces délits pouvant du reste se cumuler<sup>Note 38</sup>. La menace n'a rien de virtuel au titre du premier : la chambre criminelle de la Cour de cassation a ainsi pu condamner la survenance de rencontres entre les acteurs avant la mise en concurrence<sup>Note 39</sup>, l'existence de rapports d'amitiés entre les protagonistes – que la discussion a pu faire naître<sup>Note 40</sup> – ou, encore, l'échange d'informations privilégiées, que celles-ci aient été communiquées à l'écrit ou à l'oral<sup>Note 41</sup>. L'on attirera l'attention sur l'ensemble des facteurs renforçant les potentialités d'un tel délit. En premier lieu, et même si les cas restent exceptionnels, la Cour de cassation a déjà admis d'aller au-delà des textes : là où ces derniers cantonnent *a priori* le délit à la phase de passation, elle a pu aussi le retenir durant la phase de préparation du contrat<sup>Note 42</sup> ou d'exécution<sup>Note 43</sup>. Sur un plan organique, certaines juridictions du fond ont déjà admis la culpabilité d'une personne publique de ce chef<sup>Note 44</sup>. En deuxième lieu, et surtout, l'élément intentionnel caractéristique de l'infraction pénale est ici entendu de manière résolument souple : le juge se range en effet en la matière à l'idée de dol général et à une conception dite « *légaliste* » de l'intention : elle estime en ce sens que « *la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur une intention coupable* »<sup>Note 45</sup>. Il suffira donc non de prouver l'intention de favoriser un opérateur, mais seulement de démontrer la conscience de l'irrégularité<sup>Note 46</sup>, étant entendu, au surplus, que la Cour promeut des présomptions en ce sens, les élus, assistants à maîtrise d'ouvrage ou agents publics en charge des procédures étant présumés être des « *sachants* » ne pouvant ignorer les prescriptions légales en cause.

Enfin, peu ou prou, ce sont les mêmes lignes forces qui parcourent le délit de prise illégale d'intérêts où, là encore, l'élément intentionnel est appréhendé de manière élastique, étant simplement caractérisé par le seul accomplissement de l'acte constitutif de l'élément matériel du délit<sup>Note 47</sup>. Organiquement d'abord, le délit est circonscrit à toute personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public. L'élément est toutefois interprété de manière large puisque, de près ou de loin, toutes les personnes intervenant en appui du pouvoir adjudicateur dans la phase de passation pourront revêtir cette qualité, tel un architecte choisi en qualité de maître d'œuvre, comme a pu le reconnaître la Cour de cassation<sup>Note 48</sup>. Fonctionnellement ensuite, le délit devra impliquer une personne qui a pour mission « *la surveillance, l'administration, la liquidation et le paiement du contrat* ». Or, là encore, le droit positif vient ériger une présomption quant à une telle « *surveillance* » pour les titulaires d'un mandat électif<sup>Note 49</sup> ; enfin, la notion est caractérisée matériellement non seulement par la participation à des réunions formalisées d'instances officielles mais également, et c'est intéressant pour ce qui nous concerne, dans le cadre de réunions ou discussions informelles comme l'a confirmé récemment la Cour de cassation<sup>Note 50</sup>.

Il reste, en guise de conclusion ramassée (une analyse bien plus substantielle mériterait d'être menée), à marquer toutefois combien les nombreux risques évoqués s'érodent sans doute, dès lors qu'on entreprend de les mettre à l'épreuve du contentieux. D'une part, et encore plus « *sous masques* », il est un fait que si la discussion est purement orale, elle éprouvera demain quelque mal à être instrumentalisée sur le plan probatoire. D'autre part, devant le juge du contrat, nul n'ignore que seuls les moyens en relation avec l'intérêt lésé du requérant seront susceptibles de prospérer, les vices d'une particulière gravité étant également seuls à même d'entraîner l'annulation du contrat<sup>Note 51</sup>.

Note 1 *Jean de la Bruyère, Caractères, 1688.*

Note 2 *D. Piveteau, concl. sur CE, 15 juin 2001, n° 223481, Synd. intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-de-Ré : BJCP 2001, p. 415, n° 18.*

Note 3 *Même si la dématérialisation des procédures n'implique pas ipso facto celle des négociations : Rép. min. n° 07086 : JO Sénat, 6 déc. 2018, p. 6218 ; Contrats-Marchés publ. 2019, comm. 68, note B. Koebler.*

Note 4 *CJUE, 12 mars 2015, aff. C-538/13, Stré Vigilo Ltd, pt 35 : Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 114, note G. Eckert ; RTD eur. 2015, p. 452, note A.-L. Durviaux ; JCP A 2015, 2282, note J.-Fr. Giacuzzo.*

Note 5 *V. sur la thématique, F. Olivier et C. Liet-Veaux, La négociation dans la commande publique : Quelle place ? Quel enjeu ? : Contrats-Marchés publ. 2016, étude 5 ; La négociation dans les contrats publics : CP-ACCP 2018, p. 18 et s., n° 193, dossier.*

Note 6 *CE, 18 juin 2010, n° 336120, Communauté urbaine de Strasbourg et Sté Eche Eco Industrie : BJCP 2010, p. 354, concl. B. Dacosta ; Dr. adm. 2010, comm. 128, note F. Brenet ; JCP A 2010, 2272, note F. Linditch. – V. également CE, 8 nov. 2017, n° 412859, Sté Transdev : BJCP 2018, p. 25, n° 116, concl. O. Hennard ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 13, obs. G. Eckert.*

Note 7 *V. Le sourcing : CP-ACCP 2018, p. 18 et s., n° 185, dossier. – E. Perois et L. Sery, Le sourcing : démarche vertueuse ou piègeuse pour les acheteurs publics ? : Contrats-Marchés publ. 2018, étude 3. – C. Coupé, Guide des consultations préalables dans les marchés publics : AJCT 2021, p. 186.*

Note 8 *CE, 21 juin 2000, n° 209319, Synd. Intercommunal de la Cote d'Amour et la presqu'île guérandaise : CJEG 2000, p. 362 ; RFDA 2000, p. 1031, concl. C. Bergeal ; Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 19, note F. Llorens.*

Note 9 *CE, 14 oct. 2015, n° 390968, Sté Applicam : Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 279, note G. Eckert ; BJCP 2016, p. 34, concl. G. Pellissier et obs. S. Nicinski ; JCP A 2016, 2228, note J. Martin ; RDI 2015, p. 581, note S. Braconnier ; CP-ACCP 2015, p. 11, n° 159, note J.-P. Jouguelet. – V. aussi TA Cergy-Pontoise, 6 nov. 2018, n° 1506515, Sté Passavant Impianti et a. c/ SLAAP : JCP A 2018, 2335, concl. G. Mornet.*

Note 10 *V. toutefois, CCP, art. L. 2124-3, évoquant la négociation avec « un » ou « plusieurs » opérateurs économiques.*

Note 11 *V. CCP, art. R. 2111-1, évoquant « les » opérateurs économiques démarchés.*

Note 12 *TA Versailles, 30 juin 2016, n° 1303342.*

Note 13 *V. CCP, art. L. 2194-1, L. 2394-1 et L. 3135-1, la discussion étant à même de générer une « modification substantielle » de ces conventions (V. par ex. CE, 15 nov. 2017, n° 409728, Cne Aix-en-Provence : JCP A 2017, 2320, obs. C. Chamard-Heim et F. Lichère ; Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 15, note J.-P. Pietri ; BJCP 2018, p. 32, concl. O. Henrard ; CP-ACCP 2018, p. 56, n° 183, note B. Neveu ; RDI 2018, p. 106, note N. Foulquier ; AJCT 2018, p. 168, note S. Hul).*

Note 14 *V. CCP, art. R. 2123-5. – Et CE, 18 sept. 2015, n° 380821, Sté Axxcess : JCP A 2016, 2049, note S. Deligiannis ; Contrats-Marchés publ. 2015, comm. 260, note P. Devillers. – CAA Nancy, 29 mai 2018, n° 16NC02027, Sté Atelio : Contrats-Marchés publ. 2018, comm. 201, note M. Ubaud-Bergeron.*

Note 15 *V. par ex. CCAG Travaux 2021, art. 11. – CAA Paris 12 mai 2015, n° 13PA03103, Sté Le Cap France : CP-ACCP 2016, p. 49, n° 162, note Ph. Guellier et F. Lebourg.*

Note 16 *CCAG FCS 2021, art. 46. – CCAG Travaux 2021, art. 55. – V. sur les nouveaux CCAG : Contrats-Marchés publ. 2021, dossier complet, n° 5.*

Note 17 *CAA Marseille, 4 juin 2013, n° 12MA0277 : Contrats-Marchés publ. 2014, chron. 2, G. Eckert. – V. aussi TA Dijon, 20 avr. 2009, n° 0900876, Sté Lyonnaise des eaux : Bull. DSP 2009, n° 2, p. 18.*

Note 18 *TA Strasbourg, ord., 16 mai 2013, Sté Aastra c/ Communauté urbaine de Strasbourg : Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 214, note W. Zimmer. – Sur ce sujet E. Amblard et K. Gillet, Procédure négociée et dialogue compétitif : des procédures distinctes : CP-ACCP 2018, p. 34, n° 193.*

Note 19 *V. Cons. conc., déc. n° 96-D-25, 16 avr. 1996. – En matière domaniale, V. Aut. conc., déc. n° 10-D-13, 15 avr. 2010, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la manutention pour le transport des conteneurs au Port du Havre ; Dr. adm. 2010, comm. 114, note M. Bazex ; RLC 2010, n° 1645, note S. Destours ; RLC 2010, n° 1655, note M. Lavedan ; DMF 2010, p. 739, étude R. Rézenthel.*

Note 20 *CE, sect., 19 mars 1971, n° 79962, Mergui : Lebon, p. 235.*

Note 21 *V. toutefois, I. Hasquenoph, Contrats publics et concurrence, vol. 206 : Dalloz, NBT, 2021, spéc. § 782 et s. – R. Noguellon, Contrats publics et aides d'État, in Mél. Cl. Blumann : Bruylant, 2015, p. 448. – L. Vidal, Contrat administratif et aides d'État : Contrats, conc. consom. 2014, alerte 1.*

Note 22 *V. CJUE, 19 mars 2013, aff. C-399/10 P et C-401/10 P, Bouygues c/ Commission : JCP A 2013, 2105, note M. Karpenschif ; Europe 2013, comm. 221, note L. Idot. – Pour un retour à « la lettre » : CJUE, 30 nov. 2016, aff. C-486/15, Commission c/ Orange : Dr. adm. 2017, comm. 49, note R. Lanneau ; JCP A 2016, 2294, chron. J.-L. Sauron et M. Karpenschif.*

Note 23 *CE, 18 sept. 2015, n° 380821, Sté Axxcess, préc.*

Note 24 *CAA Nantes, 24 nov. 2017, n° 16NT02706, Groupement sté dynamiques foncières : JCP A 2018, 2072, note F. Linditch.*

Note 25 *V. CAA Paris, 6 mars 2012, n° 10PA00316, Sté Towercast : Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 162, note M. Ubaud-Bergeron ; RLC 2013, n° 2287, note G. Clamour.*

Note 26 *CE, 14 déc. 2009, n° 328157, Sté Lyonnaise des eaux : Contrats-Marchés publ. 2010, comm. 84, note G. Eckert ; JCP A 2010, 2023, note F. Linditch.*

Note 27 *V. sur le sujet L. de Fournoux, Impartialité des procédures de passation des contrats de la commande publique : de nouveaux équilibres : Contrats-Marchés publ. 2019, étude 5.*



Note 28 CE 14 oct. 2015, n° 390968, *Sté Applicam*, préc.

Note 29 L. n° 2013-907, 11 oct. 2013, art. 2 : JO 12 oct. 2013, texte n° 2. – Pour un lien entre impartialité et conflit d'intérêts, CE, 15 mars 2019, n° 413584, *SAGEM* : *AJCT* 2019, p. 294, note P. Villeneuve ; *AJDA* 2019, p. 1459, note L. Sourzat ; *BJCP* 2019, p. 189, concl. Henrard ; *JCP A* 2019, 2175, note S. Hul.

Note 30 V. par ex. TA Nîmes, 5 déc. 2019, n° 180068, *Collectif de l'eau – Usagers d'Arignon* : *Contrats-Marchés publ.* 2020, comm. 92, note É. Muller. – CE, 12 sept. 2018, n° 420454, *Sté Otus* : *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm. 241, note M. Ubaud-Bergeron.

Note 31 CE, 20 déc. 2019, n° 432590, *Port autonome de la Nouvelle-Calédonie* : *Contrats-Marchés publ.* 2020, comm. 89, note G. Eckert ; *JCP A* 2020, 2183, note J. Martin ; *AJDA* 2020, p. 640, note S. Brameret ; *RTD com.* 2020, p. 309, note F. Lombard. – Sur le sujet, V. F. Lichère, *La déontologie et l'attribution des contrats publics* : *JCP A* 2020, 2304.

Note 32 A. Lallet, concl. sur CE, 8 avr. 2015, n° 369329, *Laboratoire Genevrier, Base Ariane, en repoussant « la tyrannie des apparences »* (P. Martens, *la tyrannie des apparences* : *RTDH* 1996, p. 640).

Note 33 V. respectivement et par ex. CE, 12 sept. 2018, n° 420454, *Synd. mixte des ordures ménagères de la vallée de la Chevreuse* : *JCP A* 2018, 2316, note F. Linditch ; *Contrats-Marchés publ.* 2018, comm. 241, note M. Ubaud-Bergeron. – CE, 24 juin 2011, n° 347720, *Sté Autostrade Per l'Italia SPA* : *RJEP* 2011, comm. 54, note E. Friboulet ; *Dr. adm.* 2011, comm. 84, note J.-B. Auby ; *BJCP* 2011, p. 365, n° 78, concl. N. Boulouis ; *Contrats-Marchés publ.* 211, comm. 261, note G. Eckert.

Note 34 CE, ass., 23 déc. 2011, n° 335033, *Danthony* : *GAJA*, 23e éd., Dalloz, 2021, n° 108.

Note 35 CE, 24 juin 2011, n° 347720, *Sté Autostrade Per l'Italia SPA*, préc.

Note 36 *Le droit de la fonction publique pouvant prendre le relais, dès lors que le délit caractériserait aussi une atteinte à la dignité, l'impartialité, l'intégrité ou la probité des agents publics* : V. L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016, art. 25.

Note 37 *Sur ces aspects*, V. F. Linditch, *Prise illégale d'intérêts* : *JCl. Contrats et Marchés Publics*, fasc. 34, 2019 ; *Délit d'octroi d'avantage injustifié* : *JCl. Contrats et Marchés Publics*, fasc. 33, 2019 ; *La commande publique face au droit pénal* : *Contrats publ.* 2021, p. 17 et s., n° 221, dossier.

Note 38 *Cass. crim.*, 17 avr. 2019, n° 18-83.025 : *AJCT* 2019, p. 350, note Y. Mayaud.

Note 39 *Cass. crim.*, 8 mars 2006, n° 05-85.276, inédit.

Note 40 *Cass. crim.*, 19 oct. 2005, n° 04-87.312, inédit.

Note 41 *Cass. crim.*, 12 juin 2003, n° 02-81.122 : *Procédures* 2003, comm. 223. – *Cass. crim.*, 22 janv. 2014, n° 13-80.009 : *Contrats-Marchés publ.* 2014, comm. 86, note J.-P. Pietri. – *Cass. crim.*, 10 mars 2021, n° 20-84.117 : *Contrats-Marchés publ.* 2021, chron. 6, F. Linditch.

Note 42 *Cass. crim.*, 20 avr. 2005, n° 04-83.017 : *BJCP* 2005, p. 393, note Ch. Maugué ; *RTD com.* 2005, p. 857, note B. Bouloc.

Note 43 *Cass. crim.*, 22 janv. 2014, n° 13-80.759 : *JCP A* 2014, 2228, *chron.* M. Hénon et M. Goupil. – *V. encore Cass. crim.*, 9 sept. 2020, n° 19-85.274 : *JCP G* 2020, 1072, *note* J.-M. Brigant.

Note 44 *TGI Foix*, 3 nov. 2014, n° 13170000007, *cité par* S. Daboussy et A. Gaudron, 1991-2021, 30 ans du délit de favoritisme, bilan et perspectives : *Contrats publ.* 2021, p. 33, n° 221.

Note 45 *Cass. crim.*, 24 mai 1994, n° 93-85.158 : *Dr. pén.* 1994, *comm.* 237, p. 10 ; *Bull. crim.* n° 203.

Note 46 *Cass. crim.*, 14 janv. 2004, n° 03-83.396 : *Contrats-Marchés publ.* 2004, *comm.* 46, *note* Ph. Delelis ; *JCP A* 2004, 1315, *note* F. Linditch.

Note 47 *Cass. crim.*, 4 mars 2020, n° 19-83.390 : *AJCT* 2020, p. 488, *note* J. Lasserre Capdeville ; *JCP A* 2020, 2152, *note* R. Mesa ; *JCP G* 2020, *act.* 337, *note* J.-M. Brigant ; *AJDA* 2020, p. 550.

Note 48 *Cass. crim.*, 14 juin 2000, n° 99-84.054 : *JurisData* n° 2000-002988 ; *Bull. crim.* n° 221 ; *Dr. pén.* 2001, *comm.* 5, *note* M. Véron.

Note 49 *V. par ex. Cass. crim.*, 7 mars 2012, n° 11-81.918 : *Gaz. Pal.* 27 juill. 2012, n° 209, p. 27, *note* E. Dyer.

Note 50 *Cass. crim.*, 20 janv. 2021, n° 19-86.702 : *AJCT* 2021, p. 140, *note* S. Dyens et J. Rotivel ; *JCP G* 2021, *act.* 223, *note* J.-M. Brigant.

Note 51 *CE, ass.*, 4 avr. 2014, n° 358994, *Dpt Tarn-et-Garonne* : *GAJA*, *préc.*, n° 110.