

EXÉCUTION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Quelle lecture des CRC ?

par **Pierre Villeneuve**

Avocat, Goutal, Alibert & associés, professeur associé à l'EHESP

La lecture des rapports des chambres régionales des comptes (CRC) et, plus largement, des juridictions financières¹ est devenue un indicateur de l'attention croissante des juridictions financières aux contrats publics et, plus particulièrement à leurs conditions d'exécution.

Loin d'être nouvelle², elle n'en est pas moins renouvelée depuis janvier 2023, et l'entrée en application du régime de responsabilité financière des gestionnaires publics³. Loin de ne concerner que l'examen financier des collectivités territoriales, les chambres régionales et territoriales des comptes (CRTC) contrôlent les collectivités territoriales aujourd'hui de manière quasi symétrique à l'Agence française anticorruption (AFA), du moins dans les éléments analysés. Les trois axes de contrôle de l'AFA (RH, achats publics et subventions) sont aussi ceux sur lesquels pointe aujourd'hui le contrôle des juridictions financières. S'agissant de la commande publique, l'examen des CRC porte sur les différentes étapes du cycle achat et particulièrement sur celui de l'exécution, souvent délaissée par les collectivités territoriales et les acheteurs publics. Le récent rapport thématique de la Cour des comptes sur la politique d'achat de l'État⁴ en est une parfaite illustration. La Cour des comptes relève que s'agissant de la direction des Achats de l'État (DAE), les acheteurs publics sont « encore trop orientés vers les modes de passation au détriment du contrôle interne et du contrôle d'exécution des marchés publics.

Plus encore, l'examen des contrats publics, au premier rang desquels figurent, pour les CRC, les procédures de marchés publics, est devenu un indicateur du formalisme légal et de conformité minimale attendus par les juridictions financières lors de leur contrôle. À défaut, Cour des comptes et CRC soulignent un défaut de conformité des procédures relatives aux contrats publics comme le ferait de manière concomitante l'AFA en cas de contrôle.

Si le champ de la commande publique est incontestablement l'un des axes privilégiés de contrôle des CRC, plusieurs types de recommandations peuvent être extraits de ces rapports de contrôle, sur le terrain de la conformité comme sur celui de la nécessaire et indispensable transparence de la commande publique.

■ L'exécution des contrats de la commande publique, terrain privilégié du contrôle des CRC

Point de fragilité – Souvent qualifiées de « point de fragilité » des collectivités territoriales, les CRC procèdent à un contrôle des marchés formalisés ou non sur la base d'un échantillonnage représentatif des procédures de l'entité publique. Ainsi, sans dénier le principe d'un service consacré à la commande publique, la CRC Auvergne-Rhône-Alpes⁵ a pu relever lors d'un contrôle de nombreux conflits d'intérêts et irrégularités entachant aussi bien la passation que l'exécution des contrats publics. Sur ce point, la CRC et, plus largement, les juridictions financières empruntent la définition du conflit d'intérêts issue de l'article 2 de la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique⁶ au titre duquel :

« [...] Constitue un conflit d'intérêts toute situation d'interférence entre un intérêt public et des intérêts publics ou privés qui est de nature à influencer ou à paraître influencer l'exercice indépendant, impartial et objectif d'une fonction.

Lorsqu'ils estiment se trouver dans une telle situation :

[...]

2° Sous réserve des exceptions prévues au deuxième alinéa de l'article 432-12 du code pénal, les personnes titulaires de fonctions exécutives locales sont suppléées par leur délégataire, auquel elles s'abstiennent d'adresser des instructions ;

3° Les personnes chargées d'une mission de service public qui ont reçu délégation de signature s'abstiennent d'en user [...] ».

L'absence de règles relatives à la prévention des conflits d'intérêts, à la prévention et à la lutte contre les atteintes à la probité et de règles de déport constitue des irrégularités entachant les conditions de passation et d'exécution des contrats publics. Comme le relève la CRC Bretagne dans un rapport récent⁷, le non-respect des procédures et l'absence de suivi des marchés publics est susceptible d'exposer le président de la communauté de communes à un risque de poursuite pour délit d'octroi d'avantages injustifié.

L'absence de stratégie en matière d'achats et de contrôle de l'exécution des contrats publics notamment financière constitue tout autant un manquement important en matière de commande publique⁸. Qu'il s'agisse du prisme de la prévention des conflits d'intérêts, du non-respect des principes généraux de la commande publique, de telles irrégularités sont

(1) C. comptes, La prise en compte des enjeux du développement durable dans les achats de l'État, Rapp. thématique, 6 déc. 2024 ; P. Villeneuve, Quelle prise en compte du développement durable dans les achats de l'État ?, JCP Adm. 2024. 620.

(2) D. Lamarque et G. Miller, L'évaluation par les chambres régionales des comptes du conflit d'intérêts dans les procédures d'achats des collectivités territoriales, AJDA 2000. 1018 ; C. de Bois, Quelle déontologie pour les acheteurs publics ?, JCP Adm. 2024. 2324.

(3) Ord. n° 2022-408 du 23 mars 2022 relative au régime de responsabilité financière des gestionnaires publics (AJCT 2023. 325 s.)

(4) C. comptes, Rapp. thématique, 6 déc. 2024, préc.

(5) CRC Auvergne-Rhône-Alpes, Cne d'Albiez-Montrond, Rapport d'observation définitive, 14 avr. 2023.

(6) L. n° 2013-907 du 11 oct. 2013.

(7) CRC Bretagne, Cté des Communes Poher Communauté, 7 juill. 2023.

(8) C. comptes, L'Association française de normalisation (Afnor), Rapp. n° 5 2024-1376, 2 déc. 2024.

(9) CJF, art. L. 131-9 à art. L. 131-15.

susceptibles d'exposer les collectivités territoriales et leurs dirigeants (élus comme agents) au risque pénal de prise illégale d'intérêt et de délit d'octroi d'avantages injustifié, mais aussi aux infractions financières applicables au titre de la responsabilité financière des gestionnaires publics⁹. La mise en place d'une cartographie des risques, au sens des recommandations de l'AFA, permettra d'objectiver *a minima* ce type de risques (→ v. tableau ci-contre).

En matière d'exécution des marchés publics, le défaut de suivi des contrats publics expose les collectivités territoriales et leurs dirigeants à une mise en concurrence ne respectant que très imparfaitement les règles du code de la commande publique (CCP). Ainsi, lors du contrôle thématique relatif aux dépenses de communication externe des collectivités territoriales, plusieurs CRC¹⁰ ont pu observer de nombreux manquements. Au demeurant, l'absence de mise en concurrence pour certaines opérations de communication externe des collectivités territoriales conduit le plus souvent ces mêmes collectivités à un contrôle sommaire et à une vérification du service fait limitée ou quasi factuelle¹¹.

Arrêt Département de l'Eure – Enfin, si un arrêt de la Cour des comptes illustre la lecture des juridictions financières sur les conditions d'exécution des contrats publics, l'arrêt *Département de l'Eure*¹² en est incontestablement la démonstration. Dans cet arrêt relatif à une infraction relative aux règles d'exécution de dépenses publiques, la Cour des comptes considère « [...] que l'enchaînement de défaillances de contrôle constaté en l'espèce constituait une faute grave de la part de chacun des deux responsables (adjoint du directeur des finances du département, adjoint du payeur départemental, comptable mandataire) et que le préjudice financier subi par le département, qui a dû dédommager le véritable créancier, présentait un caractère significatif au regard du budget départemental [...] ».

Au-delà des observations soulevées par les juridictions financières, plusieurs recommandations peuvent être avancées en matière d'exécution des marchés publics.

Tableau – Identifier les pratiques à risque et les corriger à partir de la cartographie des risques

Risques nets résiduels	Bonnes pratiques (Exécution des contrats publics)
■ Lever les pénalités de retard de manière systématique pour un même opérateur économique (risque d'infraction de concussion, C. pén., art. 432-10) ■ Ne pas s'assurer ou contrôler suffisamment le respect de la VSF avant mandatement ■ Pas d'application de la révision des prix (+ ou -) en connaissance de cause	■ Reparamétriser les pénalités de retard en fonction de l'objet du marché et du type d'entreprises (PME ou autres opérateurs) ■ VSF (service prescripteur + DCP) + revues de contrats à l'initiative des acheteurs publics en associant le service prescripteur ■ Associer la TG à la révision des prix ■ Insertion d'une clause relative à la prévention des atteintes à la probité + avantages/cadeaux dans les documents de consultation

■ Inscrire l'exécution des contrats publics dans un cadre sécurisé : pistes et propositions

Sans opposer les différentes phases de l'achat public (du *sourcing* à l'exécution des contrats), le contrôle (ou son absence) d'exécution des marchés publics ou des délégations de service public (DSP) est un indicateur du formalisme à la procédure d'achat des collectivités territoriales.

Plusieurs recommandations peuvent être esquissées permettant de répondre aux enjeux économiques et actuels de la commande publique tout en inscrivant les pratiques achats dans un cadre plus sécurisé en cas de contrôle des juridictions financières ou de l'AFA.

Un peu plus de dix ans après les lois du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique et, malgré une loi 3DS¹³ censée avoir clarifié et simplifié la notion de conflit d'intérêts public/public, la prévention des conflits d'intérêts est un impératif absolu le plus souvent exprimé en matière de commande publique par un manquement à l'obligation d'impartialité de l'acheteur public ou des principes généraux de la commande publique¹⁴.

Revues de contrats – En matière d'exécution des contrats publics et, les DSP locales n'y échappent pas¹⁵, comme vient de le montrer un récent rapport thématique de la Cour des comptes, la mise en place de revues de contrats « tout au long de la phase d'exécution du contrat » est une recommandation forte. Face à des relations déséquilibrées au détriment des collectivités territoriales¹⁶, la Cour des comptes appelle à une maîtrise accrue des DSP par les collectivités territoriales. Parmi les différentes recommandations faites en matière d'exécution des contrats publics, on retiendra principalement trois :

- Prévoir dans le code de la commande publique que les offres des entreprises candidates et les contrats de délégation de service public doivent comprendre, pour toute leur durée d'exécution, un compte d'exploitation prévisionnel et la liste détaillée des investissements programmés, ainsi que les définitions et hypothèses retenues pour estimer les flux financiers correspondants ; prévoir aussi que ces documents sont mis à jour à chaque avenant (ministère chargé de l'économie) ;

- Modifier l'article L. 3131-2 du CCP, afin de permettre aux autorités concédantes d'obtenir à première demande l'ensemble des données et des bases de données collectées ou produites à l'occasion de l'exploitation du service public faisant l'objet du contrat de délégation, quelle que soit la date de la consultation ou de la publication de l'avis de concession (ministère chargé de l'économie) ;

(10) CRC Auvergne-Rhône-Alpes, Rapport d'observations définitif relatif aux dépenses de communication externe de la région Auvergne-Rhône-Alpes, 10 oct. 2024, p. 66 s.

(11) CRC Auvergne-Rhône-Alpes, La communication externe de la ville de Lyon, 26 sept. 2024.

(12) C. comptes, 3 mai 2024, n° S-2024-0715, Dpt de l'Eure, AJDA 2024. 2258, chron. N. Péhau et L. Vergallo.

(13) L. n° 2022-217 du 21 févr. 2022 relative à la différenciation, la décentralisation, la déconcentration et portant diverses mesures de simplification de l'action publique locale, dite loi 3DS.

(14) CE 14 oct. 2005, n° 390968, Sté Applicam Lebon ; AJDA 2015. 1955 ; RDI 2015. 581, obs. S. Braconnier ; AJCT 2016. 40, obs. O. Didriche ; P. Villeneuve, Un soupçon d'impartialité suffit pour caractériser le délit de prise illégale d'intérêts, AJCT 2016. 410, obs. ss. Crim. 13 janv. 2016, 14-88.382 ; CAA Bordeaux, 12 juil. 2018, n° 16BX00656, Sté Convergences public-privé, AJDA 2018. 2224 ; AJCT 2018. 571, obs. P. Villeneuve ; TA Cergy-Pontoise, 6 nov. 2018, n° 1506515, Sté Passavant Impianti et a. c/ SIAAP, AJCT 2019. 97, obs. P. Villeneuve ; CE 25 nov. 2021, n° 454466, Collectivité de Corse, Lebon avec les concl. ; AJDA 2022. 988, note L. de Fournoux ; *ibid.* 2021. 2367 ; RDI 2022. 165, obs. R. Noguellou ; AJCT 2022. 168, obs. S. Dyens ; RTD com. 2021. 785, obs. F. Lombard ; M. Amilhat et J.-F. Kerléo, La méconnaissance du principe d'impartialité : nouveau vice d'une particulière gravité justifiant l'annulation du contrat, note ss CE 25 nov. 2021, Dr. adm. 3/2022. 13.

(15) C. comptes, Les délégations de gestion des services publics locaux, Rapp. thématique, 19 déc. 2024.

(16) C. comptes, Rapp. thématique, spéc p. 69 s.

■ Porter de six à dix-huit mois avant l'échéance du contrat de délégation le délai minimal fixé par l'article L. 2224-11-4 du code général des collectivités territoriales pour la transmission par l'entreprise délégataire à la collectivité délégante du fichier des abonnés, des caractéristiques des compteurs et des plans des réseaux d'eau et d'assainissement (ministères chargés de l'économie et des collectivités territoriales).

Ces revues de contrats – à un rythme à déterminer *in concreto* – doivent permettre aux pouvoirs adjudicateurs, à leurs services prescripteurs et acheteurs de constater les éventuelles défaillances des opérateurs économiques comme les ajustements contractuels nécessaires et inhérents à la vie du contrat.

Application ou levée des pénalités de retard – Un point cristallise l'attention grandissante de l'AFA en matière d'exécution des contrats publics, celui de l'application ou de la levée des pénalités de retard. D'expérience, une levée systématique et irraisonnée des pénalités de retard sur une même opération ou un même opérateur économique est un indice net de risque d'atteintes à la probité, et particulièrement de concussion (C. pén., art. 432-10).

Contrôle interne – Recommandé par les juridictions financières, s'inspirant très largement des recommandations de l'AFA du 12 janvier 2021, le contrôle interne de premier et second niveaux n'est pas – à quelques exceptions pour les entités publiques les plus importantes (ou ayant eu un contrôle de l'AFA...) – une pratique observée.

Le contrôle interne de premier niveau doit être mis en place et concourt à un « premier niveau de conformité ». Corollaire de la vérification du service fait, il ne peut être exercé par le seul service prescripteur, mais en lien étroit avec la direction de la commande publique et/ou la direction des finances de la collectivité territoriale concernée.

Le contrôle de second niveau vise à s'assurer au travers de contrôles détectifs selon une procédure et une fréquence préalablement définies par la collectivité, de la bonne exécution des contrôles de premier niveau et du bon fonctionnement du dispositif de prévention et de lutte contre les atteintes à la probité.

Programmation pluriannuelle – Enfin, il est possible d'inciter les collectivités territoriales à mettre en œuvre une programmation pluriannuelle de leurs achats. Cet outil de programmation peut prendre plusieurs formes dont celle réglementaire du schéma de promotion des achats publics socialement et écologiquement res-

ponsables (SPASER), obligatoire pour les collectivités territoriales et désormais pour l'État, à partir de 50 millions d'euros de dépenses. Sans être un engagement contractuel de passer les futurs marchés ou contrats publics, cet outil présente des avantages endogènes et exogènes.

De manière interne à la collectivité, la programmation pluriannuelle des achats permet :

■ d'analyser les conditions d'exécution des marchés avant toute prorogation ou lancement d'une nouvelle procédure, spécialement pour des marchés récurrents ;

■ d'anticiper le renouvellement de marchés en mettant en place un taux de rotation des entreprises et opérateurs économiques. De manière complémentaire, cela réduit significativement le risque de délit d'octroi d'avantages injustifié ;

■ une meilleure maîtrise budgétaire et juridique des marchés publics et des DSP ;

■ d'affirmer ou de redéfinir le rôle stratégique de la direction de la commande publique.

De manière externe, la programmation pluriannuelle des achats contribue à une meilleure visibilité et lisibilité des projets d'achats de la collectivité territoriale tout en contribuant à réduire le risque futur d'infructuosité des contrats publics.

Le contentieux de la commande publique est aussi un indicateur du degré de maturité des acheteurs publics et des opérateurs économiques. Le contentieux de la passation a diminué sous le double effet d'une montée en compétences des directions et services internes chargés de la commande publique et d'une meilleure maîtrise des procédures de passation des marchés publics.

Le contentieux de l'exécution des contrats publics présente des enjeux économiques, financiers, juridiques et de lutte contre les atteintes à la probité qu'il convient de ne pas (ou plus, c'est selon) négliger pour les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs satellites. La lecture des rapports d'observations comme des rapports thématiques des juridictions financières ne cesse de le confirmer aujourd'hui.

FOCUS SUR LA MODIFICATION AU COURS DE L'EXÉCUTION DU CONTRAT

par Jean-David Dreyfus

Professeur de droit public à l'université Paris Cité, avocat associé (D4 Avocats)

Matthias Michel

Avocat Of Counsel (D4 Avocats)

Tant « la nature » que « l'étendue des besoins à satisfaire » doivent être déterminées avec précision, et ce, « avant le lancement » d'une procédure de consultation¹.

Cette exigence de précision dans la détermination préalable du besoin répond à « une double préoccupation traditionnelle »² du

droit de la commande publique : déterminer le besoin de l'acheteur public afin de faciliter le chiffrage de la valeur estimée du contrat et, ainsi, déterminer le type de procédure applicable.

Les événements récents (crise de la Covid-19, conflit