



X. IOCHUM

V. GUIISO

O. HURAUULT

Madame, Monsieur le Président,

Madame, Monsieur le Maire,

« Brandir le droit pour ne rien entreprendre, ce n'est plus observer l'esprit de la loi, c'est être lâche » disait Demosthène.

Puisse la présente lettre, comme les précédentes, vous permettre de concilier le principe de légalité et les projets que vous portez.

Sous-traitance et marché public : attention à l'intervention non déclarée

L'essentiel :

Un arrêt de la Cour administrative de Marseille est l'occasion de rappeler les règles applicables à la sous-traitance et les risques qu'elles induisent pour les collectivités maître d'ouvrage.

Répondant au soucis de sécuriser les sous-traitants, la loi du 31 décembre 1975 et les dispositions du code de la commande publique prévoient un certain nombre de règles qui doivent être respectées par les collectivités.

On rappellera que le sous-traitant est lié avec le titulaire en vue de lui confier une obligation de faire ; un fournisseur, qui se limite à vendre des matériaux, n'est pas en droit de se prévaloir des dispositions rappelées ici.

Première règle cardinale : le titulaire du marché est tenu de déclarer au pouvoir adjudicateur la personne du sous-traitant, les travaux sous-traités et le montant concerné.

Il en est de même pour le sous-traitant vis-à-vis d'un éventuel sous-traitant de second rang.

Le sous-traitant n'est pas censé intervenir tant que la déclaration, complète, n'est pas agréée par la collectivité (soit expressément, soit tacitement par l'écoulement d'un délai de 21 jours à compter de la réception).

Deuxième règle cardinale : le sous-traitant agréé a droit de présenter une demande de paiement direct à la collectivité et une demande d'avance.

Troisième règle cardinale : en absence de déclaration

du sous-traitant, la collectivité ne peut suppléer cette déclaration à l'occasion d'une demande de paiement direct par le sous-traitant.

Dans ce cas, la collectivité doit mettre en demeure le titulaire de procéder à une déclaration régulière dès lors qu'elle a connaissance de l'intervention de l'entreprise, à défaut de quoi elle engage sa responsabilité vis-à-vis du sous-traitant.

En l'absence de déclaration régulière après mise en demeure, l'article 3.6.1.5 du CCAG permet au pouvoir adjudicateur d'imputer des pénalités au titulaire, voire de résilier le marché si la mise en demeure évoquait cette possibilité.

Quatrième règle cardinale : la déclaration de sous-traitance est passée pour des travaux et un montant déterminés.

Si la collectivité vient à prescrire des travaux supplémentaires et que ceux-ci sont réalisés par le sous-traitant sans que le titulaire n'ait procédé à une déclaration modificative, la Collectivité doit là encore mettre en demeure le titulaire de régulariser sa déclaration initiale de sous-traitance sous peine d'engager sa responsabilité.

Il en est de même, c'est l'enseignement de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille (CAA 10 octobre 2022, n° 20MA03764) pour les travaux supplémentaires qui, sans être prescrits par la collectivité, sont indispensables pour la réalisation de l'ouvrage et qui n'étaient pas visés dans la déclaration.

Le défaut de réaction du titulaire ouvre la possibilité de recourir aux mêmes sanctions qu'évoquées plus haut.

Catastrophe naturelle sécheresse : du nouveau

L'essentiel :

L'ordonnance n° 2023-78 du 8 février 2023 vient permettre la reconnaissance de catastrophe naturelle en cas de sécheresses récurrentes.

Classiquement, la catastrophe naturelle sécheresse n'était reconnue qu'en démontrant que, sur un trimestre donné d'une année donnée, raison un épisode de sécheresse particulièrement intense s'était déroulé.

La règle était totalement discutable s'agissant d'appréhender un phénomène avec une inertie parfois longue.

Le Gouvernement finit par reconnaître que la catastrophe naturelle peut être reconnue « par une succession anormale d'évènements de sécheresse significative ».

L'entrée en vigueur est prévue au plus tard pour le 1er janvier prochain.



Partenariat du Cabinet



Le Cabinet intègre depuis début mars un partenariat avec la structure ECONOMIZ-EROZI, portée par Madame Stéphanie ZAMPIERI, élue dans le Grand Est et acheteuse professionnelle depuis plus de 20 ans.

L'entreprise, fondée en 2010, accompagne les acteurs publics dans toute la France et particulièrement dans le Grand Est dans le domaine des achats et offre des services de recherches d'économies, d'externalisation complète ou partielle des appels à la concurrence, et de recherche et de demandes de subventions (www.achats-economiz.com).

Nous intervenons dans ce cadre en appui pour sécuriser les questions juridiques complexes.

Fonds vert : pistes pour la mobilisation

L'essentiel :

Le fonds vert, doté de deux milliards d'euros dont la décision de dépense est confiée aux Préfets, est une opportunité rare dans un contexte de contrainte budgétaire et fiscale imposée aux collectivités.

Dénoté « programme 380 » ou « Fonds d'accélération de la transition écologique dans les territoires », le fonds vert est doté par la loi de finances 2023 de 2 milliards d'euros sans être encadré.

Il a fallu attendre une circulaire du 14 décembre 2022 ([NOR: TREL2235937C](#)) pour en percevoir les contours.

Premier enseignement :

Sont éligibles les projets suivants (pour ce qui est pertinent dans le Grand Est) et sont compétents :

- Le Préfet de Région pour les projets tendant :
 - A l'accompagnement de la stratégie nationale biodiversité
 - Au renforcement du tri à la source et valorisation des biodéchets
 - Au recyclage des friches
- Le Préfet de département pour les autres projets:
 - Rénovation énergétique des bâtiments publics locaux
 - Rénovation des parcs de luminaires publics
 - Renaturation des villes
 - Prévention des inondations
 - Accompagnement des ZFE
 - Covoiturage

- Ingénierie de planification de la transition

Deuxième enseignement :

Les critères de répartition régionale sont fixés mais demeurent assez nébuleux. A ce jour, aucune répartition claire n'est publiée.

Troisième enseignement :

Les EPCI et département se voient allouer une sous-enveloppe réservée de 500 millions d'euros, compensant la suppression de la CVAE.

Quatrième enseignement :

Pour l'enveloppe accordée à chaque Préfet, la répartition se fera entre trois axes : décarbonation et économies d'énergie ; adaptation au changement climatique ; amélioration du cadre de vie.

Le Préfet sera libre de flécher les fonds qui lui sont attribués entre ces trois axes, chacun d'entre eux devant toutefois se voir affecter 10 % du crédit alloué.

Les collectivités sont donc à la merci de la sensibilité des Préfets sur ce point.

Cinquième enseignement :

La répartition finale dans le cadre de chaque axe se fera « *sur des critères de maturité, d'efficacité et d'impact environnemental* » sans plus de précision, détaillés avec les programmes, disponibles et publiés avec les cahiers d'accompagnement sur le site [idoine](#).

A examiner, par exemple, le programme de rénovation des parcs de luminaires d'éclairage public, la mesure vise prioritairement les Communes de moins de 10 000 habitants, et sont hiérarchisés par ancienneté et caractère énergivore des éclairages existants.



Loi sur l'accélération de la production d'énergies renouvelables

L'essentiel :

La loi n° 2023-175 du 10 mars 2023 sur l'accélération de la production d'énergies renouvelables est adoptée et, non sans casse à l'initiative du Conseil Constitutionnel, promulguée.

La loi sur l'accélération de la production d'énergies renouvelables aura fait parler d'elle.

On peut, du point de vue des collectivités, en signaler les principaux impacts comme suit.

1. Les ombrières photovoltaïques sur les parcs de stationnement

L'article 40 de la loi impose la mise en œuvre d'ombrières photovoltaïques sur la moitié de la surface des parcs de stationnement de plus de 1500 m², sauf exceptions à préciser par décret à venir.

Côté entrée en vigueur, elle est la suivante :

- Au 1er juillet 2026 pour les parcs gérés en DSP dont le renouvellement intervient avant cette date, au 1er juillet 2028 sinon.
- Au 1er juillet 2026 pour les parcs gérés en direct dont la superficie est supérieure à 10 000 m²
- Au 1er juillet 2028 pour les parcs gérés en direct dont la superficie est inférieure à 10 000 m².

2. L'adaptation des bâtiments :

L'article 43 impose aux bâtiments non résidentiels dont l'emprise au sol est égale ou supérieure à 500 m² d'être équipés soit d'un procédé de production d'énergies renouvelable, soit d'un système de végétalisation, sauf exception à fixer par décret.

L'obligation est applicable dès la parution du décret pour les bâtiments à construire, et au 1er janvier 2028 pour les bâtiments existants à ce jour.

L'article 41 prévoit une obligation similaire pour les extensions / rénovations de bâtiments non résidentiels d'une emprise au sol supérieure à 50 %, qui devront être équipés de photovoltaïque en toiture à hauteur de 30, 40, et 50 % respectivement en juillet 2023, 2026 et 2027.

3. Obligation pour les ABF de tenir compte des objectifs de transition énergétique :

La loi vient préciser à son article 8 que l'architecte des bâtiments de France appelé à statuer sur un projet en zone protégée doit « tenir compte » des objectifs de transition énergétique.

La disposition est à notre sens assez peu opérationnelle.

4. Zones d'accélération :

En lieu et place du dispositif de véto des Maires un temps envisagé, seront mises des « zones d'accélération pour l'implantation d'installation terrestres de productions d'énergies renouvelables ».

Le processus est le suivant :

- Chaque préfecture désigne un référent chargé des ENR
- Les référents et les gestionnaires de réseaux informent les collectivités sur le potentiel d'implantation
- Après concertation du public menée dans chaque communes, les Communes définissent dans un premier temps librement lesdites zones sur leur territoire
- Un débat se tient dans chaque EPCI sur les définitions susvisées
- Le référent préfectoral arrête un projet de carte départemental soumise pour avis au comité régional de l'énergie
- Si le Comité juge suffisantes les zones décidées, la cartographie est entérinée après diverses consultations et les communes peuvent à leur tour décider de zones d'exclusion.
- Si le Comité juge insuffisante les zones décidées, le référent « demandent » aux communes, selon les termes du texte (mais cela peut à notre sens fonder un contentieux en cas de refus non solidement motivé) la reconnaissance de zones complémentaires.
- Nouvel avis du Comité régional de l'énergie et le cas échéant arrêté après consultation de la carte.

Le processus doit être renouvelé tous les cinq ans.

4. Couplage de l'AMI domaine public et des appels d'offres ENR :

L'article 36 de la loi modifie le CG3P pour exonérer partiellement les collectivités de leur obligation de mettre en concurrence la mise à disposition du domaine public lorsque les candidats sont par ailleurs pollicitants à un appel à projets mis en œuvre par la Commission de Régulation de l'Énergie.



Contractant public : neutralisation des clauses de résiliation des contrats d'adhésion

L'essentiel :

La CAA de Marseille précise que le cocontractant public ne peut se voir imposer la résiliation d'un marché public sans pouvoir faire valoir un motif d'intérêt général s'opposant à ladite résiliation.

Les contrats de marchés publics et de concession passés en la forme classique ne prévoient généralement pas la possibilité pour les cocontractants de suspendre leur intervention ou de résilier le contrat à leur initiative, sauf cas très spécifiques.

L'idée sous-jacente tient à la préservation de la continuité du service public.

Le principe doit être appliqué, de même dans les contrats de la commande publique passés par voie de contrats rédigés par le cocontractant privé, qu'il s'agisse de contrats de financement / location / LOA

(photocopieuses, véhicules...) et/ou de contrats passés sous les seuils de mise en concurrence, généralement conclus sur simple devis émis par le titulaire.

La Cour administrative d'appel neutralise ainsi une clause de résiliation de plein pour non paiement des loyers en relevant « *les contrats n'ont assorti ces stipulations permettant la résiliation unilatérale du marché par son titulaire d'aucune clause soumettant l'intervention d'une telle décision à l'obligation de mettre à même la personne publique de s'opposer à la rupture des relations contractuelles pour un motif d'intérêt général* » (CAA Marseille, 30 janvier 2023, n° 21MA01807).

Au passage, la Cour rappelle également, que les clauses de pénalités financières qui excéderaient ce que prévoit le code de la commande public en cas de retard de paiement doivent être neutralisées.

L'impartialité des agents et élus : nouvelle illustration

L'essentiel :

Les juridictions administratives poursuivent, dans la droite ligne de l'obligation de garantir à l'administré une prise de position impartiale, leur construction jurisprudentielle. Jusqu'à l'excès ?

Nous l'avions déjà évoqué : l'impartialité a été érigée en principe général du droit par le Conseil d'Etat pour l'intégralité de l'activité des autorités administratives.

Ainsi, la loi prévoit l'annulation de délibérations ou de décisions prises par ou en présence d'un élu ayant un conflit d'intérêts objectivable (L2131-11 CGCT, L2122-26 CGCT).

Le Conseil d'Etat (CE 25 novembre 2021, n° 454466, cf. lettre de janvier 2022) avait quant à lui considéré qu'un contrat de la commande publique pouvait être annulé dès lors qu'il existait un simple doute légitime quant à l'existence d'un conflit d'intérêts d'un élu ou agent partie prenante à la passation ou à l'attribution, même à la marge.

Par un jugement du 8 décembre 2022, le Tribunal administratif d'Amiens va plus loin (TA Amiens, 8 décembre 2022, n° 2102509)

Même en l'absence de tout conflits d'intérêts objectif, il censure un arrêté de refus de permis de construire au motif que le Maire a préalablement pris des positions publiques défavorables à l'égard du projet projeté.

L'enjeu n'est plus ici de garantir l'administré de l'absence d'interférence d'intérêts étrangers dans la décision publique : elle est ici de garantir l'administré d'un état d'esprit neutre de l'autorité publique au moment où elle doit prendre sa décision, les *a priori* négatifs exprimés seraient-ils justifiés et guidés par le seul intérêt général...

Interdiction donc, à suivre le Tribunal dans le détail de son raisonnement « *de toute prise de position publique de nature à compromettre le respect de ce principe* » d'impartialité...

Là où le bat blesse, et là où l'on saisit que la décision repose à notre sens sur un excès de zèle, c'est qu'à l'issue de l'annulation, le Tribunal ne désigne personne d'autre pour réexaminer le projet que... le Maire lui-même, dont la partialité n'a évidemment pas disparu par le seul effet du jugement...

Note de frais des élus : transparence totale

L'essentiel :

Le Conseil d'Etat tranche clairement dans le cadre de l'affaire visant Anne HIDALGO : les notes de frais des élus et des collaborateurs de cabinet sont des documents administratifs communicables.

Par arrêt du 8 février dernier (CE 8 février 2023, n° 452521), le Conseil d'Etat précise que les notes de frais des élus et collaborateurs de cabinet sont des

documents administratifs, comme tels communicable.

Le Conseil écarte l'argument tenant au fait que la communication porterait atteinte à la vie privée des élus et agents concernés.

De même, le droit à la vie privée des personnes invitées ne peut être opposé, sauf exception dont nous saisissons si mal la portée qu'elle nous paraît inexistante.