

Synthèse

**Le contenu et la portée économiques des règles de droit :
application à la répartition des risques
dans les contrats administratifs**

Jean-Bernard AUBY et Thierry KIRAT (dir.)
MARTY Frédéric, VIDAL Laurent

IDHE - ENS Cachan, CNRS, CREDECO (Université de Nice)
Universités Paris I et Paris II Panthéon Sorbonne

Décembre 2003



Recherche réalisée avec le soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice

I – Problématique et objectifs de la recherche

La recherche a visé à saisir le fonctionnement économique des dispositifs juridiques afférant à l'exécution des marchés publics et des délégations de service public. Elle s'est déroulée en croisant des compétences disciplinaires (en droit administratif et en économie du droit) autour d'analyses empiriques, en vue de comprendre la manière dont le jeu de la réglementation, des avis des organes de contrôle *a priori* des marchés, et de la jurisprudence administrative, organise la répartition des risques liés à l'exécution du contrat administratif.

La recherche a été bâtie sur la conviction que la condition d'une analyse économique "relevante" de l'exécution du contrat administratif réside dans une orientation tournée vers la compréhension des réalités empiriques ; en d'autres termes, dans une perspective positive à partir de laquelle il peut être possible de développer un point de vue normatif, dont la conclusion du rapport trace quelques ébauches.

La perspective économique adoptée dans la recherche est davantage liée à l'économie institutionnelle du droit qu'à la *Law and Economics* liée à la théorie microéconomique. Une perspective institutionnelle a semblé davantage féconde que l'analyse microéconomique au regard du projet poursuivi : *comprendre* l'économie des dispositifs juridiques et leurs effets sur la répartition des risques, et non pas *expliquer* le comportement d'acteurs rationnels face aux règles de droit.

II – Méthodologie de la recherche

La recherche a été menée dans une visée empirique, dont la finalité est de saisir les conditions dans lesquelles les risques pesant sur l'exécution des contrats sont répartis dans la pratique. Nous avons pris le parti de ne pas définir une notion *a priori* de risque, mais de concentrer notre attention sur les catégories de risque qui émergent de la pratique des contrats administratifs, qu'il s'agisse de marchés publics ou de délégations de service public. Ce choix est le corollaire de notre démarche empirique, qui ne consiste pas à confronter un modèle de gestion optimale du risque à des réalités, mais à saisir le contenu des catégories de risque qui émergent du langage du droit des marchés et des délégations mis en action.

Les catégories de risque qui sont l'objet de notre propos se rapportent néanmoins aux événements et conditions qui interviennent dans la prise en charge des dépassements de prix, des travaux supplémentaires, des retards dans les marchés publics, et à la rentabilité de l'exploitation dans les délégations. Elles renvoient, ainsi, à des risques d'origine naturelle ou physique (conditions météorologiques, nature des sols dans les marchés de travaux) et à des risques d'origine économique (niveau général des prix, hausse des prix des matières premières ou de la main-d'oeuvre, insuffisance du niveau d'activité dans les délégations) qui interviennent, avec des dosages et des formes différentes selon qu'il s'agit de marché ou de délégation, dans l'exécution du contrat administratif.

Nous avons centré la recherche sur la vie du contrat postérieurement à sa passation, en intégrant une dimension de durée dans l'analyse. Cette option nous a néanmoins conduits à observer l'activité des commissions spécialisées des marchés qui interviennent antérieurement à la passation des marchés.

Les matériaux utilisés dans la recherche sont de plusieurs natures, dont les principales sont : la jurisprudence administrative, le cas échéant sur une longue durée, les versions successives des cahiers des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, les avis motivés et les avis rendus dans des procédures de consultation préalable par deux commissions spécialisées des marchés.

Les méthodes utilisées sont circonstanciées, c'est-à-dire sélectionnées en fonction de la nature de l'objet auquel elles s'appliquent :

- des *méthodes qualitatives*, sous la forme d'analyse de la réglementation des marchés et délégations, de la jurisprudence, ainsi que des dispositions des C.C.A.G.-Travaux relatives, entre autre, à la variation de la masse des travaux et aux travaux supplémentaires. Ces méthodes qualitatives sont fondées sur une grille interprétative des textes et de la jurisprudence sous l'angle de la mise en scène de la régulation de l'exécution altérée des marchés et des délégations sous le prisme de l'équilibre financier du contrat,
- des *méthodes quantitatives*, sous la forme d'analyses statistiques lexicales des avis de deux commissions spécialisées des marchés, et d'analyses factorielles visant à mettre en évidence les variables actives de la régulation par le Conseil d'Etat des contrats litigieux, dans des espèces comprenant un argument d'imprévision ou de sujétion imprévue.

III – Contenu et conclusions des six chapitres du rapport

Le **chapitre I**¹ est consacré à un examen critique et circonstancié des problématiques de l'analyse économique de la répartition des risques dans les contrats. Son objectif est de tester les prolongements possibles des apports de l'analyse économique, qu'elle se rattache à la perspective de *Law and Economics* des contrats ou à celle de l'économie des procédures de passation des marchés publics et des délégations de service public. Le chapitre s'intéresse plus particulièrement aux types de regards empiriques que suscitent les différentes perspectives d'analyse étudiées. Il montre que l'analyse empirique du contrat suppose de situer l'objet étudié dans son contexte juridique, alors que fréquentes sont les tentations d'analyse des incitations, des problèmes d'incomplétude, et du caractère relationnel des contrats, qui disqualifient *a priori* le formalisme juridique. Ce chapitre démontre tout l'intérêt qu'il y a à *placer l'observation de l'économie du contrat sous le prisme des situations d'action que le contexte juridique du contrat administratif organise*, et qui touche au comportement des titulaires, aux logiques et aux catégories d'analyse et d'évaluation des marchés et délégations litigieux par les tribunaux administratifs.

Le **chapitre II**² prolonge l'analyse sur le terrain des *dimensions économiques endogènes au contrat administratif*. Il traduit les catégories d'analyse économique du contrat comme support de coordination, et applique une grille de lecture économique à l'interprétation de la jurisprudence administrative. Ce chapitre place au cœur de son enquête les lectures empiriques du risque et l'incertitude que révèle la jurisprudence, qui

¹ Intitulé : "L'économie de la répartition des risques dans les contrats administratifs : les problématiques économiques "

² Intitulé : ""L'économie de la répartition des risques dans les contrats administratifs : les liens entre droit et économie"

s'attache à l'équilibre financier du contrat. Le chapitre, qui inscrit au centre de son étude le problème de l'économie de la règle, montre que si le droit du contrat administratif et la jurisprudence du Conseil d'Etat ne sont pas démunis face aux questions d'opportunité du cocontractant ou d'antisélection, ils n'ont pas à ce jour parcouru la totalité du chemin qui mène à une évaluation achevée de l'équilibre financier du contrat.

Le **chapitre III**³ s'attache à une étude historique des cahiers des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux. Les cahiers, en effet, ne sont pas sans avoir une histoire, marquée par l'expérience de leur application par les services de l'Etat, par les entrepreneurs, par les juridictions administratives. L'angle d'observation retenu est centré sur le problème des travaux imprévus qui, dans le cadre de l'exécution du contrat, appellent aussi bien la définition de catégories de travaux supplémentaires, que la construction de principes de répartition du risque entre la personne publique et son cocontractant. Le cadre de référence fixé de nos jours par le C.C.A.G. de 1976 est le produit d'une dynamique longue qui a mis en jeu les dispositions des cahiers antérieurs à l'épreuve de l'expérience pratique et les interprétations jurisprudentielles suscitées par le contentieux du contrat ; à ce titre, il reflète une part importante de la vie du droit en action. Ce chapitre est une contribution à l'analyse de l'émergence et de la mise en œuvre de catégories de jugement des situations qui marquent l'exécution des marchés de travaux. En effet, les catégories d' "augmentation ou diminution des prestations", de "masse de travaux", de "nature d'ouvrage", d'ouvrages ou travaux "imprévus", "supplémentaires", ou "nouveaux" ne sont pas de simples distinctions sémantiques, mais révèlent la nécessité dans laquelle les services de l'Etat et les juridictions administratives se sont trouvées au cours du temps, de rattacher les contrats litigieux à des catégories d'évaluation de la pertinence d'un report du risque d'exécution sur les ressources budgétaires de l'Etat.

Le **chapitre IV**⁴ est fondé sur le constat que la montée en puissance, au cours du temps, des services de l'Etat dans la préparation des marchés publics, s'est illustrée par l'émergence des commissions spécialisées des marchés, chargées de procéder à un contrôle *a priori* des projets de marché dont la transmission est obligatoire. Bien que leurs compétences soient actuellement en voie d'être remaniées par le projet de réforme du code des marchés publics, le chapitre étudie les logiques d'évaluation des projets de marchés, à l'œuvre au sein de la commission "Bâtiment et génie civil" (BGC) et de la commission "Aéronautique, mécanique, matériels électriques et armement" (AMA). A travers une étude des avis rendus par ces commissions au cours de l'année 2002 (avis motivés et consultations préalables), le chapitre met en évidence *l'effet structurant des logiques d'évaluation que produit le cadre réglementaire de la passation des projets de marchés* : les marchés passés dans le cadre d'appels d'offres avec mise en concurrence orientent l'évaluation vers l'étude de la régularité des procédures, alors que les marchés négociés, avec ou sans mise en concurrence, orientent l'évaluation vers l'équilibre du contrat et l'anticipation de l'efficacité des clauses contractuelles relatives aux prix, aux pénalités, aux incitations.

Le **chapitre V**⁵ s'attache au contentieux de l'exécution des marchés et délégations. Il est consacré à une étude empirique des arrêts du Conseil d'Etat rendus dans des affaires

³ Intitulé : "Le risque au prisme des transformations des clauses administratives générales"

⁴ Intitulé : "Les logiques économiques du contrôle *a priori* des marchés publics : les avis des commissions spécialisées des marchés"

⁵ Intitulé : "Analyse des arrêts du Conseil d'Etat sur les sujétions imprévues et l'imprévision dans les marchés publics et les délégations de service public"

comportant au moins un moyen tiré de la théorie de l'imprévision ou des sujétions imprévues, depuis 1964. Le corpus réuni, soit 81 arrêts de la Haute juridiction, a fait l'objet d'une analyse statistique, réalisée au terme d'un travail de codage des données contenues dans le texte des arrêts, et orienté vers l'observation des sources de l'exécution altérée, des difficultés économiques avancées par les cocontractants de l'Etat, des solutions données par les juridictions administratives inférieures, puis par le Conseil d'Etat. Ce chapitre met en évidence la position restrictive du Conseil d'Etat vis-à-vis des conditions d'admission des demandes de compensation des effets des aléas imprévus, qu'elles soient fondées sur l'invocation de situations d'imprévision ou de sujétions imprévues. L'étude montre également l'absence de liens univoque entre les faits matériels invoqués par les requérants et les solutions données par la Haute juridiction ; elle débouche également sur la conclusion que, au cours de la période couverte, il n'est pas manifeste que le Conseil d'Etat s'attache à cataloguer les risques en tant que tels. En définitive, la pratique décisionnelle de la Haute juridiction est structurée par les obligations de prévision des aléas qu'elle fait peser sur les cocontractants de l'Etat, et par le standard du bouleversement de l'économie du contrat. Le chapitre conclut, plus précisément, que :

- Les sources économiques de difficultés d'exécution sont nettement distinctes pour les affaires en imprévision et les conflits en sujétions imprévues : les hausses de prix dominent les premières, les dépenses supplémentaires marquent les secondes.
- Les contentieux placés sur le registre de l'imprévision sont étroitement corrélés à une appréciation restrictive par le Conseil d'Etat du bouleversement de l'économie du contrat, ainsi qu'à une appréciation négative des prétentions à compensation des conséquences du choc inflationniste qui a suivi la crise pétrolière de 1973, compte tenu d'un contrôle attentif de la date à laquelle ce choc devait entrer dans les calculs des entrepreneurs.
- Les contentieux placés sur le registre des sujétions imprévues font apparaître une construction plus étoffée de leur appréciation par le Conseil d'Etat, notamment par des références aux dispositions contractuelles relatives aux délais, aux pénalités de retard, et aux anticipations formées sur le risque de sol.

Le **chapitre VI**⁶ poursuit l'enquête sur la vie du contrat administratif en s'attachant à l'étude de l'encadrement des avenants et décisions de poursuivre dans le déroulement des marchés et des délégations. Le chapitre montre la portée de la tension qui, en ce qui concerne les marchés publics, marque le rapport entre le déroulement concret d'une opération effectuée dans le cadre d'un marché, et les règles qui gouvernent ce dernier, particulièrement en termes de procédure de passation. Il démontre, également, que la solution à cette tension réside dans la préservation des données premières de la mise en concurrence, jointe à la grammaire du bouleversement de l'économie du contrat utilisée par la jurisprudence afin de borner la marge de mutabilité du contrat. Mais l'encadrement comme la logique du juge administratif ne sont pas équivalents pour les marchés publics et les délégations de service public. Alors que la matière des marchés publics recourt plus volontiers à des critères d'ordre juridique, à l'exemple de celui de « *nouveau marché* », le domaine des conventions de délégation du service public oblige à user d'outils comptables et financiers, voire économiques, jugés inhabituels en droit public. La thématique de l'économie générale de la convention est plus visible dans

⁶ Intitulé : "La tension entre l'impératif économique d'adaptation du contrat et sa réglementation : l'encadrement récent des avenants et des décisions de poursuivre"

l'esprit de la jurisprudence et de la réglementation consacrés aux avenants passés dans le cadre des délégations de service public, que dans celui qui prévaut pour les marchés publics. A cet égard, les missions confiées au trésorier-payeur général (de même que les outils nécessaires, aujourd'hui, à l'exercice par le juge de son plein office) *sont confortés et participent de la même inspiration que les dispositions en cours d'examen devant le Parlement ou en débat au niveau européen, et relatives aux industries de réseaux à investissements lourds.*

IV – Conclusion générale et questions ouvertes

La leçon générale qu'il est possible de tirer de la recherche peut être formulée de la sorte : en matière de contrat administratif, l'allocation des risques entre les personnes publiques et les titulaires est un produit de l'encadrement juridique des marchés publics et des délégations de service public. Cet encadrement par les cahiers des clauses administratives, les avis des commissions spécialisées des marchés, la réglementation des avenants et décisions de poursuivre, et la jurisprudence administrative, a été analysé de manière attentive, souvent dans des termes très techniques. Les analyses menées concluent que :

- l'utilité du recours à l'analyse économique pour éclairer la répartition des risques dans les contrats administratifs réside davantage dans ses catégories d'analyse que dans la substance de ses raisonnements, par ailleurs menés essentiellement sur le droit privé des contrats,
- à défaut de raisonnements de nature économique explicites, le droit du contrat administratif n'est pas démuné face aux phénomènes traités par l'analyse économique, notamment : les asymétries d'information entre la personne publique et le titulaire, l'antisélection, l'aléa moral, l'incomplétude du contrat,
- les dispositions des cahiers des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux et leurs interprétations jurisprudentielles organisent précisément les conditions de détermination des obligations du titulaire d'un marché de travaux face la survenance d'un aléa lors de son exécution,
- le recours à des procédures négociées permet aux commissions spécialisées des marchés (en particulier la commission "aéronautique, mécanique, armement") de pratiquer un contrôle *a priori* des projets de marchés ou d'avenants, centré sur le partage des risques et l'équilibre du contrat, alors que cette logique est moins prégnante dans le cas des marchés passés dans le cadre de procédures d'appel d'offres,
- la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de requêtes formées sur un moyen tiré soit de l'imprévision, soit des sujétions imprévues, dans les marchés et délégations, est très restrictive quant aux conditions d'admission. Elle ne laisse cependant pas apparaître de régularités susceptibles de déduire une théorie implicite du risque ; la position de la Haute juridiction sur les risques altérant l'exécution du contrat est placée sous la perspective de l'évaluation d'un éventuel bouleversement de l'économie du contrat.

- Le rapport conclut à la nécessité de densifier les dispositifs réglementaires et contractuels dans la régulation des dépassements de prix dans les contrats administratifs.

En définitive, le rapport ébauche quelques pistes de renforcement de l'encadrement de l'allocation des risques dans les contrats administratifs :

- conserver le rôle d'évaluation, notamment *a priori*, des commissions spécialisées des marchés, et en renforcer la capacité de traitement de projets de marchés ou d'avenants,
- orienter les évaluations des commissions spécialisées des marchés connaissant de procédures d'appel d'offres concurrentiels vers l'anticipation de la répartition des risques susceptibles de survenir, au regard des clauses du marché et des solutions jurisprudentielles,
- envisager un dispositif de même nature pour les délégations de service public,
- renforcer l'aide à la décision et le conseil aux personnes responsables de marchés, dans le sens d'une formation et de la sensibilisation aux dimensions économiques de l'exécution du contrat administratif,
- encourager la pratique de montages contractuels approfondis quant au traitement des aléas imprévus qui surviennent en cours d'exécution des marchés,
- renforcer les recommandations et guides relatifs à l'exécution des marchés à destination des personnes responsables de marché en parlant davantage les langages de l'exécution et de l'économie du contrat
- clarifier, par une politique de publication plus fréquente des conclusions du commissaire du gouvernement, les critères et modèles de jugement par lesquels le Conseil d'Etat et, avant eux, les tribunaux administratifs, abordent le standard du bouleversement de l'économie du contrat,
- nonobstant la nature d'avis des décisions des comités de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics, l'article 1^{er}-I du décret n° 2001-797 du 3 septembre 2001 (*J.O.* du 5 septembre 2001, p. 14230) indique que les comités "*ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable et équitable aux différends ou litiges relatifs aux marchés publics.*" (nous soulignons). En pratique, et plus particulièrement pour les comités consultatifs régionaux ou interrégionaux, les avis rendus s'appuient sur une approche autant juridique que factuelle. Cette approche juridique est seule garante d'une acceptation par les deux parties d'une solution fondée en équité. En conséquence, il semblerait de bonne politique de porter à la connaissance du public une partie au moins des avis des comités, à l'instar des avis rendus par le Conseil d'Etat.
- prendre de la distance avec la croyance répandue, notamment au sein des services de l'Etat, selon laquelle le choix d'une procédure concurrentielle est le gage d'une exécution harmonieuse du contrat administratif,
- assurer une formation de haut niveau aux acheteurs publics qui pénètre, au-delà du formalisme des procédures, dans l'évaluation économique du contrat administratif,
- décloisonner les logiques et compétences d'intervention des organes de contrôle et donner davantage de place à la surveillance de l'exécution par des organes

polyvalent, conjuguant compétences juridiques, compétences techniques, et compétences économiques, comptables et financières.

Les auteurs ont pleinement conscience, en achevant le présent rapport, du fait que l'exécution des marchés et délégations et les risques qui peuvent les marquer, sont des problèmes qui touchent tout autant à la réglementation de l'achat public qu'au régime comptable et financier caractéristique de la comptabilité publique. Cette question fournit la matière de recherches futures.