

***Les marchés publics à l'aune de la réforme du droit des
contrats : aperçu général***

par

Laurent Richer

L'article 3 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics dispose que « les marchés publics relevant de la présente ordonnance passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs ». Il s'ensuit que les marchés publics des personnes publiques relèvent nécessairement du régime exorbitant du droit commun qui a été défini par la jurisprudence et qui se caractérise principalement par l'existence des pouvoirs de modification et de résiliation unilatérale, par l'absence d'exception d'inexécution, l'invocabilité de la théorie de l'imprévision et la compétence du juge administratif avec les conséquences qui en découlent sur le régime contentieux.

Cette spécificité du contrat administratif et, par conséquent, du marché public n'est pas sans susciter quelques interrogations.

On peut d'abord observer que dans la plupart des systèmes juridiques étrangers les contrats des administrations publiques sont soumis au même régime juridique que les contrats privés, même quand la conclusion du contrat est encadrée par des règles de passation. Le particularisme français pourrait constituer un facteur de « répulsivité » de notre droit.

Ensuite, même en droit français une bonne partie des marchés qualifiés de publics par l'ordonnance du 23 juillet 2015 sont des contrats de droit privé, alors même qu'ils sont soumis aux mêmes règles de passation que les marchés des personnes publiques. Que l'on sache, la SNCF ou Paris Aéroport n'ont pas dénoncé comme contraire à l'intérêt général la soumission de la plupart de leurs marchés au droit privé.

La question peut donc être posée de savoir si quand l'État et ses démembrements ont recours au contrat et non à la prérogative de puissance publique le droit privé ne devrait pas s'appliquer.

À ce jour le droit positif ne va pas en ce sens.

Au contraire, la place des contrats administratifs a plutôt tendance à augmenter, notamment parce qu'il résulte de l'article 3 de l'ordonnance relative aux marchés publics que les marchés des personnes publiques sont des contrats administratifs même quand ils sont conclu par des EPIC nationaux.

De son côté, la jurisprudence a renforcé la légitimité du « régime exorbitant » du contrat administratif en affirmant son lien avec l'intérêt général : l'application d'un régime exorbitant du droit commun est, selon le Tribunal des conflits impliqué par l'intérêt général (TC 13 octobre 2014, Société Axa France IARD, n° 3963, Rec. 471 ; BJCP 2015, n° 98, p. 11, concl. Desportes ; RFDA 2014. 1068, concl. Desportes ; AJDA 2014. 2180, comm. Lessi et Dutheillet de Lamothe ; JCP A 2015. 2010, note H. Pauliat ; Dr. adm. 2015, com. 3, obs. F. Brenet ; ét. J. Martin, RFDA 2015. 23).

Cependant, la notion d'exorbitance par rapport à un droit commun est sous-tendue par un principe de subsidiarité ;

quand l'intérêt général ne l'exige pas, s'appliquent le droit commun ou des règles semblables à celles du droit commun, entendu comme le droit civil.

Et, en effet, le régime du contrat administratif sur de nombreux points ne diffère pas de celui du contrat privé, à cette nuance près que c'est de la jurisprudence administrative et non du droit écrit que dépend l'intensité du rapprochement.

Mais le rapprochement peut aussi résulter de l'évolution du droit civil. Si celui-ci se rapproche du droit administratif le taux d'exorbitance diminue, ce qui pourrait inciter à poser à nouveau la question de l'existence du contrat administratif et de la compétence du juge administratif.

Le nouveau droit commun des contrats issu de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations comporte des innovations qui, pour plusieurs d'entre elles, rapprochent le droit des contrats civils du droit des contrats administratifs. Est-ce l'amorce d'une convergence et d'un déclin de l'exorbitance ?

Les principales innovations de l'ordonnance du 10 février 2016 sont les suivantes :

- définition de règles, inspirées de la jurisprudence, relatives à la phase précontractuelle (art. 1112 et s.) ;
- suppression de la cause licite comme condition de validité du contrat ;
- introduction de l'abus de dépendance dans les vices du consentement (art. 1143) ;

- consécration d'un régime spécifique au contrat d'adhésion (art. 1171, 1190) ;
- définition de règles générales sur la nullité (art. 1178 et s.) ;
- révision du contrat pour imprévision (art. 1195) ;
- résolution unilatérale (art. 1226).

On se bornera à examiner quatre des innovations fondamentales apportées par l'ordonnance du 10 février 2016, celles qui peuvent, à première vue, marquer un rapprochement entre droit privé et droit public du contrat. Il s'agit des règles concernant la phase pré-contractuelle, la formation du contrat, la révision du contrat en cas d'imprévision, le pouvoir de résolution par le créancier et la distinction entre contrat de gré à gré et contrat d'adhésion.

I. – La phase pré-contractuelle

Alors que le droit des marchés publics est pour sa plus grande partie consacré à la passation du contrat, le code civil ne comportait pas de dispositions à ce sujet. L'ordonnance du 10 janvier 2016 innove en consacrant plusieurs articles à la phase précontractuelle (art. 1112 à 1127-6).

Certaines de ces dispositions sont inspirées des mêmes préoccupations que celles de l'ordonnance sur les marchés publics. Ainsi, l'article 1112-2 prévoit que « celui qui utilise ou divulgue sans autorisation une information confidentielle obtenue à l'occasion des négociations engage sa responsabilité dans les conditions du droit commun », ce qui

est à rapprocher de l'article 44 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 selon lequel « l'acheteur ne peut communiquer les informations confidentielles qu'il détient dans le cadre du marché public, telles que celles dont la divulgation violerait le secret en matière industrielle et commerciale ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques ».

L'article 1112-1 consacre une obligation d'information : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant ». Sans être consacrée en tant que telle par les textes, cette obligation est omniprésente dans les procédures de publicité et concurrence.

Mais cette convergence de préoccupations s'inscrit dans un cadre très différent puisque les principes de départ sont dans le code civil la liberté des négociations et la bonne foi, ce qui diverge du droit des marchés publics. En effet, dans le droit des marchés publics la procédure négociée continue à faire figure d'exception et le principe de loyauté des relations contractuelles, forme atténuée du principe de bonne foi, n'est pas applicable aux relations pré-contractuelles, même si un juge administratif a pu faire référence à une « obligation de loyauté des relations processuelles » (TA Bordeaux, ord. 24 mars 2015 Soc. Trabsdev, Contrats et Marchés publics, 2015, com. 127, obs. H. Hoepffner).

II. – L'imprévision

La théorie de l'imprévision, d'origine jurisprudentielle, est applicable notamment aux marchés publics. Elle permet dans l'intérêt de la continuité du service public, aussi bien que dans un souci d'équité, d'ouvrir une parenthèse dans l'exécution du contrat lorsque celui-ci est gravement et provisoirement bouleversé par suite de circonstances imprévisibles extérieures aux parties. Au cours de cette période la personne publique est tenue d'apporter à son cocontractant une assistance financière.

L'indemnité d'imprévision n'est pas de nature contractuelle, l'obligation de la verser ne procède ni d'une interprétation de la volonté des parties, qui auraient sous-entendu une clause *rebus sic stantibus*, ni d'un principe de bonne foi, à l'égard duquel le juge administratif est très réservé.

Le nouvel article 1195 du code civil, qui n'emploie pas le terme imprévision introduit un mécanisme plus classique, qui existe dans de nombreux systèmes juridiques étrangers : la survenance de circonstances imprévisibles rendant l'exécution « excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque » crée pour le créancier une obligation de renégocier le contrat. À défaut de solution négociée, les parties peuvent convenir de la « résolution » du contrat ou demander d'un commun accord au juge de l'adapter. Si aucun accord n'intervient, une partie peut demander au juge de réviser le contrat ou d'y mettre fin.

À la différence de l'imprévision du droit administratif, celle du droit civil se traduit donc par une adaptation du contrat et non par son éviction temporaire. La différence ne doit, cependant, pas être exagérée car dans le cas d'imprévision

administrative, rien n'exclut la conclusion d'un avenant, qui est préconisée par la circulaire du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques (JO 30 novembre 1974).

En revanche, l'imprévision du droit administratif est, en un sens, plus respectueuse du contrat puisque cette situation est censée avoir un caractère provisoire jusqu'à ce que le contrat redevienne exécutable. Elle comporte aussi une incitation à poursuivre l'exécution du contrat consistant en ce que l'indemnité d'imprévision ne couvre pas la totalité du déficit subi, le cocontractant devant toujours en supporter une partie, indépendamment de toute faute de sa part, mais en considération de ses diligences.

La théorie de l'imprévision du droit administratif est parente de celle des circonstances exceptionnelles, alors que celle du droit civil est proche de la clause *rebus sic stantibus*. On ne peut donc pas considérer que l'article 1195 est l'équivalent de la théorie de l'imprévision.

Cet article 1195 sera, cependant, applicable à un nombre important de marchés publics puisque les acheteurs soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 peuvent être des personnes privées ayant le caractère de pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices, qui ne peuvent pas conclure des contrats administratifs. La théorie de l'imprévision n'est pas applicable à ces marchés publics de droit privé, même quand la personne privée gère un service public. L'obligation de renégocier le contrat sera applicable, ce qui devrait être plus

favorable au cocontractant, sans que l'intérêt général soit nécessairement remis en cause.

II. – La résolution

Un autre rapprochement pourrait résulter de la consécration par l'article 1226 de la résolution par notification.

Alors que l'ancien article 1184 disposait que « la résolution peut être demandée en justice », l'article 1226 consacre un droit de résolution unilatérale par le créancier dans le cas d'inexécution par le débiteur. Le changement est moins important qu'il n'y paraît étant donné que la jurisprudence avait déjà admis la résiliation unilatérale (et non la résolution, qui rétroagit). L'article 1229 précise que, selon l'état d'exécution du contrat la résolution rétroagit ou non ; quand elle n'a d'effet que pour l'avenir , « la résolution est qualifiée de résiliation ». Voilà qui rapproche indubitablement du droit administratif, à cette différence près que le pouvoir de résilier le contrat administratif pour faute n'est ouvert qu'à la partie publique, le titulaire d'un contrat administratif ne pouvant le résilier que si une clause le prévoit et si le contrat n'a pas pour objet l'exécution même du service public (CE 8 octobre 2014, Société Grenke location, 370644, Rec. 302, concl. Pellissier ; BJCP 2015, n° 98, p. 3, concl. Pellissier ; AJDA 2015. 396, note Melleray ; JCP A 2014. 2327, note S. Ziani ; Dr. adm. 2015, com. 12, obs. F. Brenet).

Une différence majeure subsiste : la partie publique peut aussi résilier pour motif d'intérêt général, ce qui n'a pas d'équivalent en droit privé.

Reste aussi sans équivalent le pouvoir de modification unilatérale pour motif d'intérêt général ; l'article 1193 énonce que « Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise ».

S'agissant des marchés publics de droit privé l'article 1226 s'applique ; le titulaire du marché se voit ouverte la possibilité de notifier une résolution ou résiliation dans le cas d'inexécution de ses obligations par l'acheteur. Mais il paraît possible sinon d'écarter totalement l'article 1226, du moins de l'aménager contractuellement, étant donné que l'ordonnance est « supplétive de volonté sauf disposition contraire » (Rapport au président de la République) et que l'article 1226 ne comporte pas d'indication sur son caractère d'ordre public.

III. – Contrat d'adhésion

Une autre innovation fondamentale est l'érection en *summa divisio* de la distinction entre contrat de gré à gré et contrat d'adhésion : « Le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties. Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties » (art. 1110). Deux conséquences sont attachées à la qualification comme contrat d'adhésion.

En premier lieu, est ouvert un contrôle du contenu du contrat : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite » (art. 1171).

En second lieu, l'article 1190 définit une règle d'interprétation : « Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé ».

Les marchés publics non négociés, sont des contrats d'adhésion, mais on conçoit mal la transposition des règles du code civil. La notion de déséquilibre significatif paraît difficile à introduire dans une relation qui présente intrinsèquement un caractère inégalitaire; l'interprétation systématique contre la personne publique risque fort de contrevenir à l'intérêt général. Même si le contrat d'adhésion est très présent en matière de marchés publics, il n'est pas possible de traiter systématiquement le titulaire du marché comme une partie faible appelant une protection.

S'agissant des marchés publics de droit privé ayant le caractère de contrats d'adhésion, il n'est pas possible d'écarter l'article 1171, le contrôle sur le déséquilibre significatif étant d'ordre public, selon le rapport au président de la République. En revanche, la règle d'interprétation ne présente pas un caractère d'ordre public.

En conclusion il apparaît qu'à s'en tenir aux innovations fondamentales, l'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas pour résultat de remettre en cause l'exorbitance des règles applicables aux contrats administratifs et donc aux marchés publics. Le nouveau droit civil des contrats ne se rapproche que de peu du droit administratif. En revanche, la soumission de marchés publics au droit privé amène forcément à se poser la question de la nécessité de l'exorbitance mais l'ordonnance du 10 février 2016 ne fait que renouveler la

question, qui se pose depuis qu'existent des marchés publics de droit privé.