



De l'analyse juridique à l'évaluation économique comparée du droit des contrats publics

Thierry Kirat, Laurent Vidal, André Delion, Dionysios Kelesidis, Didier Uri,
Frédéric Marty

► To cite this version:

Thierry Kirat, Laurent Vidal, André Delion, Dionysios Kelesidis, Didier Uri, et al.. De l'analyse juridique à l'évaluation économique comparée du droit des contrats publics. Dir : B. du Marais. Agences de notation, immobilier et, contrats publics. Contributions sur l'attractivité économique du droit., La Documentation française, pp.165-252, 2007, coll. perspectives sur la justice. <halshs-00348263>

HAL Id: halshs-00348263

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00348263>

Submitted on 18 Dec 2008

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.

De l'analyse juridique à l'évaluation économique comparée du droit des contrats publics

Thierry KIRAT (CNRS, IRISES – Paris Dauphine), **Laurent VIDAL** (Université de Paris I, Institut André Tunc), **André DELION** (Conseiller honoraire à la Cour des comptes), **Dionysios KELESIDIS** (Université de Paris I), **Frédéric MARTY** (CNRS, GREDEG, Université de Nice), **Didier URI** (IRISES, Paris Dauphine).

Version 2, 13 juin 2007

Introduction

Cet article est consacré à une présentation synthétique des résultats d'une étude exploratoire des conditions d'évaluation comparative du droit des contrats publics et de l'équilibre financier entre cocontractants¹. L'étude porte sur une comparaison entre quatre pays membres de l'Union européenne (l'Allemagne, l'Espagne, la France, le Royaume-Uni) et les Etats-Unis.

La question de l'évaluation économique comparative du droit est devenue centrale depuis quelques années, aussi bien sur la scène académique que sur celle d'institutions multilatérales (telles que la Banque mondiale au titre du programme *Doing Business* ou l'OCDE en ce qui concerne la législation de protection de l'emploi). La méthode désormais privilégiée par les chercheurs ou les institutions multilatérales est celle des indicateurs portant sur les dispositifs juridiques en vigueur, estimés du point de vue de leur formalisme, de leur complexité, des durées ou des coûts du respect de la réglementation. La méthode des indicateurs a suscité de nombreuses discussions sur lesquelles nous reviendrons. Quoiqu'il en soit, cette méthode est le plus souvent utilisée pour estimer le niveau des contraintes légales en vigueur dans différents pays et différents domaines, procéder à des classements et des comparaisons internationales et, sur le plan académique, étudier les déterminants du niveau de réglementation en vigueur dans différents pays.

L'étude qui a alimenté le présent article a été réalisée dans le cadre du programme « Attractivité économique du droit » qui a lancé en 2005 un appel d'offres sur le droit du contrat public en mettant un accent particulier sur l'équilibre financier du contrat.

A la différence d'autres domaines qui ressortissent de l'activité économique du secteur privé (création d'entreprise, procédures collectives, embauche et licenciement de salariés, exécution des obligations), le droit du contrat public n'a jamais fait l'objet d'études utilisant la méthode des indicateurs. Les comparaisons internationales disponibles dans la littérature académique ou professionnelle sont nombreuses, mais elles sont essentiellement centrées sur l'analyse comparée des procédures de passation des contrats publics² alors

¹ Cette étude a été réalisée dans le cadre du Programme « Attractivité économique du droit » de la Mission de recherche Droit et Justice (convention de recherche n° 25.12.08.11 du 8 décembre 2005 : Etude exploratoire des conditions d'évaluation économique comparative du droit du contrat public et de l'équilibre économique du contrat : France, Allemagne, Royaume-Uni, Espagne, Etats-Unis). L'étude a bénéficié du concours et des réflexions de M. Alain Ménéménis, que nous remercions particulièrement, ainsi que M. Frédéric Lénica, responsable de la Documentation et M. Patrick Frydman, Secrétaire général du Conseil d'Etat, de nous avoir permis de consulter la base ARIANE. Ont également apporté un très utile concours MM. Xavier Bezaçon, Laurent Richer, Jean-Bernard Auby et Philippe Cossalter

Nous remercions M. Philippe Seguin, Premier président de la Cour des comptes, pour la contribution apportée par la juridiction, et grâce à ses démarches par les autres Institutions suprêmes de contrôle concernées, que nous remercions également, en particulier M. Mark Davies au National Audit Office. Nous remercions également Mme Danièle Lamarque, directrice des relations internationales à la Cour des comptes.

Nous sommes particulièrement reconnaissants à Esther Bornot de son efficace assistance.

² par ex : Public Procurement Network, *Public Procurement in Europe*, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Roma, 2005 ; OECD, Public Governance and Territorial Development Directorate, *Public Procurement Review and Remedies Systems in the European Union*, GOV/SIGMA(2007)5, 06 April 2007.

que la présente étude est centrée, via le problème de l'équilibre financier, sur l'efficacité des règles à la fois de passation et d'exécution du contrat public.

L'équilibre du contrat renvoie essentiellement à la manière dont la réglementation, la jurisprudence, mais également la pratique administrative, agissent sur le traitement des aléas non prévus, qu'ils soient endogènes au contrat ou exogènes, pouvant affecter l'exécution des prestations. Le cas le plus topique est celui des marchés de travaux, sur lequel les développements qui suivent se concentreront plus particulièrement.

La première partie sera consacrée à un tour d'horizon des différentes perspectives d'évaluation économique appliquées aux contrats publics envisageables. La démarche consistera à mettre en évidence la pluralité des outils et critères d'évaluation aux niveaux macro puis microéconomiques, avant de discuter de l'éventualité d'adopter une méthode des indicateurs dans le domaine de la réglementation des achats publics. La « mise en équivalence » des systèmes réglementaires dans une démarche de classements internationaux se heurte au délicat problème de leur diversité, voire de leur hétérogénéité. De ce point, une perspective de droit comparé, sensible à la question des équivalents fonctionnels, peut être d'un grand apport à la compréhension et à la comparaison du fonctionnement des dispositifs réglementaires et juridictionnels nationaux.

C'est là l'objet de la 2^{ème} partie, qui adopte le point de vue du fonctionnement des dispositifs réglementaires dans la pratique. Cet attachement au problème de l'observation et de l'évaluation de la mise en œuvre des dispositifs juridiques se justifie par la conviction que, *in fine*, c'est moins l'énoncé des normes qui importe que leur mise en œuvre, à la fois par les acteurs du contrat public, par les pouvoirs publics, par les tribunaux, voire par les organisations professionnelles. Nous rendrons compte des résultats, mais aussi des incertitudes qui demeurent, d'une enquête menée auprès d'experts et membres d'institutions supérieures de contrôle, sur les performances en pratique des différents aspects de la réglementation des marchés publics. Une étude du contentieux comparé du contrat public en France et aux États-Unis sera également résumée, ainsi que celle des dispositifs qui, sans forcément en porter le nom ni être expressément destinés à cette fin, concourent en pratique à l'équilibrage du contrat.

1^{ère} partie – Le problème de l'évaluation économique du droit des marchés publics

L'évaluation économique comparative des systèmes juridiques a fait son apparition sur la scène académique et sur celle des institutions multilatérales il y a quelques années. Nous y reviendrons, après avoir précisé les niveaux auxquels l'évaluation peut être située et les critères associés.

Section 1 – La diversité des critères et des outils d'évaluation

Le problème de l'efficacité économique peut être formulé de plusieurs manières ; les praticiens du contrat, qu'ils soient organes de réglementation ou de contrôle, se préoccupent de l'efficacité en termes que l'on qualifiera d'« opérationnels » : dans ce sens, sera considérée comme efficace une réglementation qui mène à des pratiques contractuelles harmonieuses, conciliant l'intérêt de la personne publique et des autorités budgétaires et celui du cocontractant. Un contrat efficacement conçu et mené est exécuté selon les plans initiaux, sans dérive de coûts ou de délais, et n'implique pas d'allocations de ressources publiques qui ne soient justifiées. Dans le langage de l'analyse économique, l'efficacité peut être formulée en termes statiques ou dynamiques. Dans le premier cas, l'efficacité allocative et l'efficacité productive peuvent être considérées : l'efficacité allocative renvoie à l'optimalité de l'allocation de ressources rares à des fins alternatives et, s'agissant du droit, à la définition de règles capables de maximiser le bien-être collectif. On évoquera plus particulièrement le critère de l'efficacité allocative appliqué aux schémas de contractualisation. L'efficacité productive renvoie, quant à elle, à la minimisation des coûts de production. Enfin, l'efficacité productive peut être appréciée en termes dynamiques : est alors en jeu la contribution des achats publics au progrès technologique d'un secteur ou de l'économie dans son ensemble.

Les différentes acceptations de l'efficacité économique méritent d'être clarifiées, ainsi les niveaux auxquels les problématiques d'évaluation peuvent être formulées. Tel est l'objet de la présente section.

L'évaluation économique du droit des marchés publics relève d'abord de la microéconomie et de l'économie publique : les questions qu'elle pose sont de l'ordre de l'efficacité opérationnelle, voire, s'il s'agit de définir des formes optimales de contrats, de l'efficacité « allocative ». La macroéconomie s'occupe traditionnellement plus des questions de stabilisation conjoncturelle et, dans une perspective longue, de la

croissance, donc d'efficacité productive (ou dynamique). Aussi commencerons-nous par les dimensions macroéconomiques de l'évaluation des achats publics mais seulement pour cadrer les enjeux que les macroéconomistes abordent lorsqu'ils tentent d'apprécier les effets de ces achats sur la situation, l'évolution ou la structure économiques d'ensemble. Puis nous nous tournerons vers la théorie microéconomique des marchés publics, qui s'attache aux dispositifs juridiques et économiques plus précisément définis.

1. De la macroéconomie des dépenses publiques à l'analyse microéconomique des types de contrats publics

L'évaluation des conséquences économiques des marchés publics peut être construite dans deux cadres, qui ne mettent pas les mêmes types de questions et d'enjeux au premier plan. L'évaluation aux niveaux macroéconomique ou sectoriel (« mésoéconomique ») s'attache aux effets sur l'économie de la dépense publique menée dans le cadre des processus d'achats publics ; l'évaluation microéconomique s'attache, quant à elle, aux dispositifs juridiques et économiques plus précisément définis.

1.1. L'évaluation macroéconomique des marchés publics

Il s'agit ici de resituer quelques impacts globaux ou plus sectoriels qui peuvent découler de la pratique des achats publics, de leur contenu en biens et services différenciés ou des orientations des politiques publiques qu'ils accompagnent. Lorsque la dimension comparative est évoquée, elle concerne des différences entre pays ou périodes, au mieux entre catégories économiques de dépenses ou d'achats publics, non les formes juridiques alternatives des marchés publics.

On soutiendra: (1) que la macroéconomie contemporaine tend à réaffirmer le potentiel de soutien à la conjoncture et de moteur de la croissance que recèlent les dépenses publiques, au moins certaines d'entre elles et à condition qu'elles soient efficacement mises en oeuvre ; (2) que les achats publics peuvent constituer un instrument, certes pas unique mais non négligeable sous certaines conditions, d'orientation ou de réorientation de l'activité économique, en particulier pour les politiques d'innovation.

A. Impacts macroéconomiques des dépenses publiques

Pour la commodité de la présentation, on distinguera les « effets de demande » qu'exercent les achats publics sur le *niveau* conjoncturel de l'activité et leurs « effets d'offre » sur le *rythme* de la croissance, même s'ils se recouvrent en partie et s'enchaînent souvent d'un point de vue dynamique.

a) Achats publics et évolution conjoncturelle

La première approche de l'impact des achats publics s'appuie sur l'idée qu'ils constituent l'une des composantes de la demande finale, au sens de la comptabilité nationale³. Dans une logique de « stabilisation » économique conjoncturelle, ce que l'on cherche à apprécier, c'est l'impact sur le *niveau du PIB* (et, le cas échéant, l'inflation, l'équilibre extérieur, les taux d'intérêt,...) d'un *supplément* (ou d'une diminution) d'achats publics ; la distinction importante est ici entre dépense *discrétionnaire* - qui relève d'une politique budgétaire délibérée - et dépense *induite*. Les grands modèles macroéconométriques de prévision concluent en général à un « effet multiplicateur » de ces achats, qui accroît (diminue) le PIB d'un montant compris, en gros, entre 1,1 et 1,5 fois la variation initiale de la dépense selon le pays, la période, la nature économique précise et le mode de financement de cette (variation) d'achats, effet qui culmine au bout de quelques trimestres et finit par s'annuler à long terme.

Bien qu'ayant été remise en cause depuis une vingtaine d'années, cette conclusion traditionnelle a reçu une large confirmation par un ensemble de travaux récents et novateurs, qui ont mobilisé des méthodes statistiques directes et « agnostiques »⁴. Ils tendent à conclure que des « chocs discrétionnaires » sur les

³ C'est la somme consolidée des consommations *intermédiaires* et de l'investissement (hors pour compte propre) des Administrations Publiques (APU) qui constitue une approximation commode, notamment pour les comparaisons internationales, de la notion usuelle d'achats publics. Mais l'OCDE (D. Audet « Les marchés publics : rapport de synthèse », *Revue de l'OCDE sur la gestion budgétaire*, 2 (3), pp. 169-219, 2002, Tableau 3) utilise la somme de l'investissement et de la consommation *finale* publique, qui comprend notamment la rémunération des salariés versée par les APU ; elle évalue le montant des « marchés publics » pour 1998 à environ 20% du PIB pour les pays membres contre environ 9% du PIB selon la définition retenue ici. Cette dernière est en revanche bien celle de l'UE (Commission Européenne : « Measuring the Impact of Public Procurement Policy, First Indicators », *Single Market News*, 20, Mars 2000 et « Cutting Public Procurement Costs in the EU », *Single Market News*, 38, Août 2005), qui la complète toutefois par une mesure des achats effectués par les entreprises de services publics dans les secteurs « d'infrastructure », tels l'eau, l'assainissement, l'énergie, les transports et les télécommunications ; selon l'extension donnée à ces secteurs, la taille des marchés publics passe alors à une fourchette comprise entre 14% et 16% du PIB pour les pays membres de l'Union.

⁴ C'est-à-dire qui ne reflètent pas un modèle théorique *a priori*. Il s'agit de méthodologies dites « SVAR » (Vectorielle Auto-Régressive Structurelle) et / ou « VECM » (Modèles à Correction d'Erreurs Vectoriels) ; voir Blanchard O. et R. Perotti (« An Empirical Characterization of the Dynamic Effects of Changes in Government Spending and Taxes on Output », *Quarterly Journal of Economics*, 117 (4), pp. 1329-68, 2002), qui utilisent précisément la variable « achats publics » dans leurs tests sur les Etats-Unis ; Biau O. et E. Girard (« Politique budgétaire et

achats publics (ou inversement sur les taux d'impôts) ont bien un impact multiplicateur sur le niveau du PIB (du même ordre de grandeur - au sens large - mais nettement plus durable que ce qu'indiquent les modèles économétriques), aussi bien aux Etats-Unis que pour la plupart des pays d'Europe étudiés (notamment France, Italie, Royaume-Uni,...)⁵. En revanche, pour les dépenses non discrétionnaires, les impacts sont au contraire faibles ou nuls, parce qu'elles doivent être financées en régime courant par les impôts.

b) Achat publics et croissance à long terme

La seconde approche de l'impact des achats publics relève des théories de la « croissance endogène », où la production est – classiquement – le fait de facteurs de production (travail, capital) mais où le rythme des gains de productivité résulte non pas d'un « progrès technique exogène » mais du fonctionnement même de l'économie, i.e. des dépenses et des efforts faits (notamment) par les chercheurs et les entreprises pour le provoquer. C'est dans ce cadre que peut être introduit le « facteur public », soit comme facteur de production « supplémentaire » (et augmentant la productivité des autres facteurs), soit comme une source directe (parmi d'autres éventuelles) de la croissance de la productivité globale des facteurs⁶. Comme ce facteur est coûteux, car il doit être produit (à travers les dépenses publiques), son coût et son efficacité conditionnent ses effets, donc la performance économique globale (en l'occurrence le *rythme de croissance du PIB*).

La distinction importante ici est celle qui oppose dépenses *improductives* et *productives*. Pour ces dernières, sont souvent retenues les dépenses de recherche publique, les dépenses d'infrastructures⁸, voire certaines dépenses d'administration générale⁹ (la protection des droits de la propriété intellectuelle, par exemple)... La conclusion théorique simple qui peut être tirée de l'approche est que, bien qu'éventuellement « utiles » aux ménages, les dépenses improductives diminuent le taux de croissance de l'économie, puisqu'elles doivent être financées par l'impôt et réduisent la rémunération de autres facteurs ; au contraire, les dépenses productives, dans la mesure où leur rendement - direct ou indirect - est supérieur à leur coût (de financement), augmentent ce taux de croissance.

D'innombrables études empiriques ressortent des résultats qui corroborent dans l'ensemble ces conclusions¹⁰. Pourtant les enseignements, autres que généraux, qu'on peut en tirer concernant l'impact des achats publics sur la croissance à long terme sont rendus délicats en raison des catégories théoriques ou des données statistiques mobilisées. D'une part le « facteur public » considéré est théoriquement un *stock* (accumulé) plutôt qu'un *flux* (courant) de dépenses ; d'autre part, la délimitation de ce stock comme de ces flux entre « public » et « privé » n'est généralement pas conforme au partage de la comptabilité nationale entre administrations et sociétés, ni à la définition juridique des achats publics¹¹ ; enfin les comparaisons dans le temps comme entre pays sont fragilisées par les hypothèses qui doivent être faites pour distinguer les indicateurs en « volume » et en « valeur »¹².

dynamique économique en France: l'approche VAR Structurel », *Economie & prévision*, 169, pp. 3-25, 2005) ou Créel J., P. MonperruS-Veroni et F. Saraceno (« Discretionary Policy Interactions and the Fiscal Theory of the Price Level: A SVAR Analysis on French Data », Banca d'Italia, *Public Expenditure*, 2006) sur la France ; Giordano R., S. Momigliano, S. Neri et R. Perotti (« The Effects on the Economy of Shocks to Different Government Expenditures Items: Estimates with a SVAR Model », Actes du *Workshop on Public Expenditure*, Banca d'Italia, 2005) sur l'Italie, etc.

⁵ Comme cet impact passe par une réponse de même sens de la demande privée (surtout la consommation et, plus faiblement, l'investissement), il invaliderait l'existence générale d'effets « anti-keynésiens » - invoqués dans les travaux sur différents (petits) pays qui, ayant recouru à une réduction forte de dépenses publique, auraient connu une reprise (et non un ralentissement) de leur activité économique (Alesina A. et S. Ardagna « Tales of fiscal adjustment », *Economic Policy*, 27, pp. 487-545, 1998).

⁶ Schématiquement, ceci se traduit par une fonction de production f où le niveau (et la croissance) de la production Q résulte du facteur public G , soit à côté du travail L et du capital K , soit à travers la PGF, notée A . Donc, en omettant les indices temporels, soit (1) $Q = A f(K, L, G)$, soit (2) $Q = A(G) f(K, L)$; les deux formulations ne sont pas exclusives à condition par exemple de spécifier deux types différents de « facteur public ».

⁷ Barro R.J. « Government Spending in a Simple Model of Endogenous Growth », *Journal of Political Economy*, 98 (5), pp. 103-130, 1990.

⁸ Aschauer D.A. « Is Public Expenditure Productive? », *Journal of Monetary Economics*, 23 (2), pp. 177-200, 1989.

⁹ Il s'agit d'une classification par « fonctions », i.e. par domaines d'activité publique (défense, éducation, santé,...) concernés.

¹⁰ Pour un *survey* récent : Romp W. et J. de Haan « Public Capital and Economic Growth: A Critical Survey », in *Infrastructure, Economic Growth, and the Economics of PPPs*, EIB Papers, European Investment Bank, Vol. 10, March 2005.

¹¹ D'ailleurs la classification par fonctions rend difficile la mesure des seuls « achats publics ».

¹² D'ailleurs la classification par fonctions rend difficile la mesure des seuls « achats publics ».

¹² La relation théorique à estimer empiriquement va du facteur public « réel » à la croissance du « PIB réel » : or la comptabilité nationale est très peu fiable pour mesurer « le volume » des services produits par les APU et la productivité du travail non marchandes. Différentes méthodes ou conventions sont utilisées selon les « fonctions », les périodes et les pays. Malgré ces limites, cette approche a été mobilisée pour évaluer l'impact des dépenses publiques sur un autre indicateur de performance macroéconomique : l'*attractivité* des pays, entendue comme la capacité à attirer les investissements directs internationaux grâce à l'efficacité (donc la qualité) du « facteur public », qui affecte leur rendement. Par exemple Bénassy-Quéré A., N. Goyalraja et A. Trannoy (« Concurrence fiscale et facteur public », in *Rapports du Conseil d'Analyse Economique*, 56, pp.157-186, 2005) identifient un impact (positif) significatif des flux de dépenses publiques de R&D et du stock physique de routes (la densité du réseau, plus précisément) par pays sur la destination des IDE américains en Europe, impact qui fait plus que contrebalancer celui (négligé) des taux d'IS.

En définitive, ces deux approches, si elle réaffirment bien l'importance économique potentielle des politiques d'achats publics, n'invalident pas l'idée que leurs effets sur le niveau d'activité ou sa croissance seront d'autant plus favorables que leur « rapport coût-efficacité »¹³ sera plus faible. Toutefois ne tenant compte que des masses ou de la structure des dépenses publiques (et de leur financement), non de leurs modalités précises de mise en oeuvre, ces approches ne constituent pas un cadre approprié pour évaluer et comparer une telle efficacité opérationnelle.

B. Impacts mésoéconomiques des achats publics

Les achats publics, plus encore que les dépenses publiques en général, se répartissent de façon inégale selon les secteurs (ou la taille des entreprises) : comme de nombreuses analyses le montrent¹⁴, ils ont donc un impact sur la structure des économies - notamment sur leur dynamique sectorielle - et c'est notamment à travers lui que s'exercent leurs effets globaux. On évoquera seulement leurs « effets d'entraînement » sur les secteurs et leur rôle possible dans les processus d'innovations.

a) Achats publics et effets d'entraînement sectoriels

Les achats publics sont généralement concentrés sur un nombre restreint de branches (comme d'entreprises, en moyenne de taille supérieure) : notamment bâtiment et génie civil, matériel électrique et électronique, construction aéronautique, navale et armement, etc. Mais aux effets « directs » d'une variation du montant de ces achats, qui affectera de façon différenciée les débouchés des branches s'ajoutent, comme le montrent les modèles input-output, les effets « induits » par diffusion auprès des autres branches : dans le cas français, par exemple, cet effet de demande induit serait de l'ordre de 150% de l'effet direct¹⁵.

Surtout, le « contenu en importations » des achats publics (comme celui des dépenses publiques en général¹⁶) est sensiblement plus faible que celui de la demande privée ; corrélativement le contenu en valeur ajoutée nationale (donc en emplois) est plus fort. Ce constat est parfois analysé comme le résultat délibéré de politiques d'achats publics discriminatoires, sous deux modalités : a) l'exclusion pure et simple des fournisseurs étrangers (ce qui est souvent le cas pour les commandes militaires en raison de leur importance stratégique pour la sécurité nationale) ; b) l'imposition d'une teneur déterminée en biens domestiques pour des marchés passés avec des firmes étrangères. Mais ce constat peut être également interprété par le « biais sectoriel » des achats publics. En effet certaines branches fortement présentes dans ces achats, à l'instar du bâtiment, présentent elles-mêmes un contenu en importations relativement faible ; de plus, de façon dynamique, il est vraisemblable que la structure des achats publics induise progressivement une spécialisation internationale du pays (une production relativement plus forte du pays dans tel bien relativement plus objet d'achats publics). Un tel « effet d'entraînement »¹⁷, qui contredit la proposition de Baldwin (1984) de neutralité des achats publics sur les spécialisations internationales, serait particulièrement avéré pour les activités (voire pour les entreprises) présentant des rendements d'échelle croissants ; mais empiriquement ce moindre contenu en importations se manifeste également pour d'autres activités, plus classiques.

b) Achats publics et processus d'innovation

Depuis quelques années l'analyse économique des achats publics accorde une attention croissante à leur rôle dans la création et la diffusion du progrès technique, en particulier dans l'optique des théories de l'innovation¹⁸ et de la croissance endogène¹⁹, rôle qui est attesté dans l'émergence ou le développement d'un certain nombre de secteurs de haute technologie (armement, télécommunications, semi-conducteurs, informatique, etc.).

¹³ Joumard I., P.M. Kongsrud, Y.S. Nam et R. Price « Améliorer le rapport coût-efficacité des dépenses publiques: L'expérience des pays de l'OCDE », *Revue économique de l'OCDE*, 37 (2), pp. 125-184, 2003.

¹⁴ Arrowsmith S. et K. Hartley (Eds), *Public Procurement*, 2 Vol., Cheltenham: Edward Elgar, 2002.

¹⁵ Mougeot M. « L'impact industriel des commandes publiques: Une analyse en termes de diffusion intersectorielle », *Marchés publics, la revue de l'achat public*, 209, pp. 22-25, 1985.

¹⁶ Théret B. et D. Uri "Pression fiscale et prélèvements obligatoires *auto-financés*", IRIS - Université Paris-Dauphine, Rapport pour le Commissariat Général du Plan, septembre 1984.

¹⁷ Voir Brühlhart M. et F. Trionfetti (« Achats publics et spécialisation internationale : l'effet d'entraînement », *Économie internationale*, 89-90, pp. 173-18, 2002), ce qui contredit la proposition de Baldwin (« Trade Policies in Developed Countries », in Jones R. et P. Kenen (Eds), *Handbook of International Economics 1*, pp. 571-619, 1984) de neutralité des achats publics sur les spécialisations internationales.

¹⁸ Edquist C., L. Hommen et L. Tsipouri (Eds), *Public Technology Procurement and Innovation*, Boston: Kluwer Academic, 2000.

¹⁹ Aghion P. et P. Howitt « Appropriate Growth Policy: A Unifying Framework », Schumpeter Lecture, *European Economic Association Meeting*, août 2005.

Les achats publics ne sont que l'une des modalités possibles des politiques publiques d'innovations²⁰; mais, par nature, ils peuvent entraîner des effets favorables surtout lorsque et dans la mesure où le progrès technique est « tiré par la demande »; toutefois, dans ce cas, ces effets des commandes publiques ne se réduisent nullement à celui de leur *volume*. De façon schématique, les enseignements des analyses des réussites et des échecs²¹ peuvent être résumés en quatre points.

-Le rôle des marchés publics peut être différent selon *le stade de développement* d'un produit (ou d'une technologie, ou d'un secteur) ; c'est surtout dans la phase de naissance et en partie dans celle de croissance que le rôle des achats publics serait décisif du point de vue de la réussite d'une innovation, en établissant une trajectoire technique qui puisse être progressivement relayée par la demande privée.

-Dans la phase de *création*, c'est par la « qualité de sa demande » (identification des produits à créer, exigence de performances,...), sa capacité à partager le risque économique et technologique avec le producteur dans une optique de (relativement) long terme, à organiser un échange d'informations avec lui et, plus généralement, à gérer les interactions entre utilisateurs et producteurs dans le processus d'innovation, que se situerait le rôle déterminant de l'acheteur public, outre, évidemment, celui de fournir des débouchés (initiaux) suffisants.

-Dans la phase de *croissance*, les achats publics seraient importants, d'abord, en imposant un « standard » technologique lorsque son absence entraverait le développement de la demande privée pour le produit innovant ; ensuite, en assurant un flux régulier et croissant de débouchés à ce produit, qui permette l'apparition d'économies d'échelle et de mécanismes d'apprentissage dans sa production, donc la réduction progressive des coûts unitaires et l'élargissement de son marché.

-En revanche, de nombreux facteurs seraient susceptibles *d'inhiber* l'impact favorable des achats publics sur les innovations : notamment, un soutien à la création de produits trop spécifiques à la demande publique et non susceptibles d'être adaptés à la demande privée, des débouchés initiaux - voire ultérieurs- insuffisants ou irréguliers, une relation insuffisamment coopérative de l'acheteur public avec l'innovateur ou une optique trop court-termiste, hostile au risque et centrée sur la seule minimisation des coûts,...

Bien entendu, il s'agit là d'indications qui sont insuffisantes pour couvrir l'ensemble des cas ou pour en déduire des conclusions macroéconomiques claires et solides. Surtout, elles restent relativement imprécises. Il ne semble donc pas aisé d'en tirer, en termes opérationnels, des critères simples et déterminés d'évaluation économique des achats publics, a fortiori de leurs formes juridiques alternatives. Pour cela il faut envisager maintenant d'autres approches.

1.2. L'évaluation microéconomique des marchés publics

L'évaluation peut être menée dans un cadre microéconomique, à l'instar de la méthodologie privilégiée dans la perspective du courant *Law and Economics*. Toutefois, cette dernière est essentiellement consacrée aux contrats de droit privé et plus précisément aux remèdes à l'inexécution des obligations contractuelles²². Faute de place, seules seront abordées ici les quelques rares études économiques, théoriques et appliquées, du droit des contrats publics.

A – Les procédures de passation

La théorie microéconomique aborde les contrats publics principalement sous l'angle de la théorie des incitations, qui repose sur l'hypothèse d'un acheteur placé dans une situation d'information incomplète et asymétrique vis-à-vis de ses cocontractants. Cette approche ramène le contrat à une relation de type Principal-Agent. L'acheteur public est, en effet, soumis à une double asymétrie d'information : *ex ante*, il fait face à un problème d'antisélection ; il ne peut distinguer les firmes performantes des autres. *Ex post*, l'observabilité du comportement de la firme l'expose à un problème d'aléa moral : l'acheteur public peut difficilement déterminer si la firme met en œuvre les efforts nécessaires pour réduire ses coûts. Dans un tel contexte, l'acheteur public devra à la fois offrir un contrat permettant à son prestataire de révéler son type (i.e. son degré d'efficacité) – on parle alors de contrats séparateurs ou révélateurs – et de fournir à ce dernier

²⁰ Elles comprennent notamment la recherche publique, le financement de l'innovation, la création d'institutions dédiées, les coopérations avec les entreprises, etc, qui s'attachent plutôt au côté de l'offre (donc à des innovation de type « technology push », plutôt qu'à celles de type « demand pull »)

²¹ Voir Bürmeister A. « Contribution à l'analyse des marchés publics comme instrument de politique industrielle : Evaluation des politiques d'achat », *Thèse* Université de Paris-Nord, 1992 ; Edquist C., L. Hommen et L. Tspouri (Eds), *Public Technology Procurement and Innovation*, Boston: Kluwer Academic, 2000.

²² pour un bilan voir T. Kirat et F. Marty, L'économie de la répartition des risques dans les contrats : les problématiques économiques, in T. Kirat (dir.), *Economie et droit du contrat administratif*, La Documentation française, 2005 ; des mêmes auteurs, *Economie du droit et de la réglementation*, Editions Gualino, coll. Mémentos, 2007 (chap. 2).

les plus fortes incitations possibles à l'efficacité, quitte comme nous le verrons à lui abandonner des rentes informationnelles²³.

En matière de procédures de passation, les prescriptions de l'approche microéconomique ne se vont pas systématiquement en faveur de mécanismes concurrentiels de type enchère²⁴. En effet, les différentes modalités d'achat public peuvent présenter des efficacités diverses selon des paramètres tels la nature des biens ou services faisant l'objet de la transaction, le degré d'asymétrie d'information ou la diversité des offreurs²⁵. Les procédures concurrentielles, à l'instar des appels d'offres ouverts, sont pleinement efficaces dans des situations caractérisées par une structure de marché concurrentielle et dans lesquelles les besoins de l'acheteur sont clairement établis. A l'inverse, si l'acheteur n'est pas en mesure de fixer avec précision *ex ante* les spécifications de l'équipement et si le marché se rapproche d'un monopole bilatéral, une procédure négociée peut s'avérer préférable. On peut distinguer trois cas de figure²⁶ :

- si les caractéristiques de l'actif sont définies *ex ante* et si les offreurs sont en situation de concurrence, des procédures concurrentielles sont optimales ;
- si le marché est concurrentiel mais l'acheteur incapable de fixer les spécifications techniques, un certain degré de négociation peut être introduit pour discuter du couple prix/qualité. La procédure de *dialogue compétitif* est particulièrement indiquée pour les marchés publics complexes ou les partenariats public-privé, dans la mesure où elle permet à l'acheteur public d'exprimer ses besoins en termes de performances attendues, en laissant aux offreurs le soin de définir la solution technique la mieux à même de le satisfaire ;
- s'il est impossible de fixer *ex ante* les spécifications des actifs et le marché n'est pas concurrentiel ou se rapproche d'un monopole bilatéral, une procédure négociée s'impose.

La plupart des Etats recommandent le recours à des procédures concurrentielles et visent à assurer un haut niveau de transparence, le principe de base étant que de telles procédures permettent de minimiser les coûts et constituent des garanties contre les risques de corruption ou de favoritisme. Ainsi, la préférence accordée aux procédures concurrentielles peut reposer sur d'autres bases que celles de la théorie microéconomique, en l'occurrence la volonté d'assurer l'égalité d'accès à la commande publique²⁷. Une telle logique explique pourquoi le recours aux procédures concurrentielles est plus marqué dans la sphère publique que dans la sphère privée²⁸. Il s'agit plus de s'assurer de la régularité de l'usage des deniers publics que de s'attacher à son efficacité.

B – Les formes de prix : prix forfaitaire, coûts remboursés et incitations

La théorie microéconomique des contrats publics modélise les difficultés auxquelles doit faire face un acheteur public dans une situation d'information imparfaite et incomplète. En présence d'asymétries d'information, l'acheteur public se heurte à la possibilité de comportements opportunistes, qui obligent à concevoir le contrat dans des termes qui minimisent ce risque en comprenant des clauses d'incitation et qu'il assure un équilibre entre une logique assurantielle (le contrat planifie l'avenir) et la logique incitative (à l'efficacité).

A cet égard, la théorie des incitations a développé des modèles formels qui débouchent sur de nombreux schémas de contractualisation incitative, qui contrastent avec la pratique, dans la mesure où, comme des études empiriques dans le secteur de la construction aux Etats-Unis le montrent²⁹, les contrats du monde réel se réduisent souvent à deux types : à prix forfaitaire et à coûts remboursés. Les coûts de renégociation des contrats à prix forfaitaire deviennent un enjeu d'évaluation, liée aux conditions d'exécution, alors que la théorie des incitations semble admettre qu'un contrat incitatif bien conçu et passé selon les modalités appropriées n'a pas vocation à rencontrer de difficultés d'exécution. En matière de contrat public comme de contrat privé, les cocontractants peuvent faire face à une information incomplète quant aux conditions dans lesquelles le contrat sera exécuté. Non seulement, il est impossible de construire des clauses contingentes à tous les états du monde futur possibles mais un ensemble d'aléas non susceptibles d'être anticipés ni

²³ Laffont J.-J. and Tirole J., (1993), *A Theory of Incentives in Regulation and Procurement*, The MIT Press, Cambridge (MA).

²⁴ Mougeot M., (2001), Enchères, gestion publique et concurrence pour le marché, in Cohen E. et Mougeot M. (s.d.), *Enchères et gestion publique*, Rapport du Conseil d'Analyse Economique, pp.25-142.

²⁵ Mougeot M. et Naegelen F., (1988), Analyse microéconomique du Code des Marchés Publics, *Revue Economique*, n° 4, juillet, pp.725-752.

²⁶ Kirat T. et Marty F., (2005), op. cité, pp. 25-56.

²⁷ Linditch F., (2006), *Le droit des marchés publics*, Dalloz, coll. Connaissance du Droit, 4e éd., Paris.

²⁸ Tadelis et Bajari notent que pour le Nord de l'Etat de Californie, seulement 18 % des contrats de construction de nouveaux immeubles passent dans la sphère privée par des procédures de mises en concurrence par appels d'offres quand la proportion atteint 97 % pour les immeubles publics : Tadelis S. and Bajari P., (2006), Incentives and Award Procedures: Competitive Tendering vs. Negotiations in Procurement in Dimitri N, Piga G. and Spagnolo G. (eds.), *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, pp. 121-142

²⁹ Tadelis et Bajari, op. cité.

maîtrisés peuvent survenir au cours de l'exécution et en remettre en cause l'équilibre économique, et ce quel que soit le soin apporté à la rédaction de ses dispositions. Dans ces situations, une renégociation est inévitable. Or, elle induit des coûts de transactions significatifs pour les parties³⁰.

a) L'arbitrage entre coûts de la précision du contrat et coûts de renégociation

Dès lors que les renégociations sont inévitables, il convient de réaliser un arbitrage entre les qualités incitatives du contrat *ex ante* et la maîtrise des coûts de renégociations *ex post*³¹. En statique, la balance penche du côté des contrats à prix forfaitaire du fait de leur efficacité incitative ; mais, dès lors que l'on introduit le temps et l'incomplétude des dispositions contractuelles, la capacité des contrats à remboursement de coûts à limiter les coûts de transaction devient une source d'efficacité en leur faveur. Ainsi, s'il est techniquement possible et économiquement raisonnable de dresser l'ensemble des états du monde et d'établir des obligations contingentes (i.e. écrire des contrats complets), des contrats incitatifs se justifient. A l'inverse, plus l'objet du contrat est complexe, plus forte est la probabilité de devoir ajuster les spécifications dans le courant de son exécution, plus élevés seront les éventuels coûts de transactions suscités par les renégociations et plus la solution d'un contrat à remboursement de coûts sera mutuellement profitable³².

Or, il apparaît qu'en matière de contrats publics, les renégociations sont loin d'être exceptionnelles. La prise en considération de leur inexorabilité pour les prestations complexes peut conduire à un renversement des préconisations habituelles, en faveur des contrats à coûts remboursés. Tout d'abord, ces derniers supposent un moindre investissement de la part de l'acheteur public dans l'établissement de spécifications techniques précises, qui peuvent être longues voire impossibles à construire (avec les délais que cela implique pour la fourniture du service public). En effet, une part significative des événements futurs qui affecteront le contrat ne peut être anticipée *ex ante* (que cela soit par l'acheteur public ou par son contractant soit dit au demeurant). Ensuite, une révision des spécifications n'induit pas une négociation conflictuelle avec le prestataire dans le cadre d'une formule de remboursements de coûts.

Tableau 1 : Une comparaison des types de prix

	Contrat forfaitaire	Contrat à remboursement de coûts
Porteur du risque	contractant	acheteur
Incitations en faveur de la qualité	faibles	fortes
Variable minimisée	coût	délais
Investissement nécessaire dans les spécifications	fort	modéré
Flexibilité contractuelle	faible	élevée
Type de prestations pour lesquelles le contrat est le plus adapté	simples	complexes
Modalité d'attribution la plus adaptée	Appel d'offres concurrentiel	Procédure négociée

Source : d'après Bajari et Tadelis (2001 et 2006)

b) Modalités de mise en concurrence

Il convient, maintenant, de coupler le choix de la formule de prix (prix forfaitaire / remboursement de coûts) avec la modalité de sélection du prestataire (appel d'offres concurrentiel / marché négocié)³³.

Un contrat à prix forfaitaire, attribué à l'issue d'une procédure concurrentielle, est approprié lorsqu'il s'agit d'acquérir un bien ou un service dont il est possible de dresser *ex ante* des spécifications précises et complètes imposées à un fournisseur jouissant d'un avantage informationnel. Or, si un tel couple permet de minimiser le coût immédiat de l'achat public, il s'avère moins efficace dès lors qu'il est impossible de construire des contrats complets et que les parties font face à une incertitude radicale quant aux conditions d'exécution du contrat. Du fait du caractère inexorable des renégociations dans un tel cas de figure, il sera nécessaire d'opter pour une formule de paiement permettant de minimiser les coûts de transactions, en l'occurrence des contrats à remboursements de coûts.

³⁰ Dans le domaine de la construction d'autoroutes en Californie, les coûts de renégociations sont estimés à 10 % du montant initial des offres, alors que le taux de marge des contractants ne s'établit pas au-delà de 3 %.cf. Bajari P., Houghton S. and Tadelis S., (2006), "Bidding for Incomplete Contracts: An Empirical Analysis of Adaptation Costs", Working Paper NBER, December.

³¹ Bajari P. and Tadelis S., (2001), "Incentives versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts", Rand Journal of Economics, Volume 32, n° 3, pp. 287-307.

³² Williamson relevait dès 1975 que les schémas faiblement incitatifs étaient économiquement plus efficaces pour gérer des projets complexes dans la mesure où ils présentaient de moindres coûts d'adaptation. Il s'ensuit des prescriptions en matière de réalisation de certaines prestations « complexes » en régie lesquelles vont à l'encontre des logiques à l'œuvre notamment en matière de partenariats public-privé. L'idée selon laquelle un contrat de PPP doit être un contrat à prix ferme de façon à garantir la personne publique contre les incertitudes de coûts peut être remise en question dès lors que les renégociations sont considérées comme inévitables dans le cadre de projets complexes de très longue durée. Cf. Williamson O.E., (1975), Markets and Hierarchies, The Free Press, NY.

³³ Tadelis S. and Bajari P., (2006), op. cit.

De la même façon, le recours à des contrats à prix forfaitaires attribués dans le cadre de procédures concurrentielles pour des biens complexes peut être à l'origine d'effets pervers qui résident par exemple en des incitations, pour les prestataires potentiels, à développer des stratégies opportunistes. En effet, si le prestataire anticipe qu'une renégociation sera inéluctable à terme du fait de l'incomplétude du contrat, il a intérêt à proposer un prix le plus faible possible de façon à pouvoir imposer ses conditions par la suite lors des renégociations. Il sera, à ce moment, libéré de toute pression concurrentielle alors que dans le même temps l'acheteur public se situera dans une position de dépendance vis-à-vis de lui³⁴. Il est alors préférable de recourir à une procédure négociée et ce pour au moins deux raisons. Tout d'abord, attribuer un contrat à coûts remboursés à travers une procédure concurrentielle présente la difficulté que la concurrence ne peut porter que sur la rémunération additionnelle des capitaux investis (le « *plus fee* » des contrats *cost plus*) qui ne représente qu'une très petite partie des coûts. Ensuite, l'appel d'offres concurrentiel ne permet pas une discussion des spécifications entre l'acheteur public et ses prestataires potentiels : il se prive de leur expertise technique et s'oblige à investir dans la rédaction de spécifications aussi complètes que possibles, mais il incite ces derniers à conserver leur information privée³⁵.

Ainsi, malgré les prescriptions de la microéconomie, il apparaît que la solution du contrat à prix forfaitaire attribué à l'issue d'une procédure concurrentielle n'est pleinement efficace que pour l'acquisition de prestations simples pour lesquelles des renégociations sont peu probables. A l'inverse, les contrats à coûts remboursés attribués via une procédure négociée impliquant un nombre restreint de firmes s'avèrent bien adaptés aux situations dans lesquelles il est impossible, du fait de la complexité du projet, de d'établir *ex ante* un cahier des charges précis. Une telle solution permet à la fois de mettre en commun *ex ante* les compétences des deux contractants et d'adapter *ex post* les spécifications en fonction des évolutions souhaitables de celles-ci ou d'événements ou d'aléas que les parties ne pouvaient anticiper.

De telles caractéristiques peuvent expliquer pourquoi les opérateurs économiques privés tendent à privilégier de telles solutions pour l'acquisition de prestations complexes. Pour de tels contrats, le problème réside moins en la gestion d'une information asymétrique entre l'Agent et le Principal que dans celle d'une incertitude radicale qui s'impose aux deux contractants et qui ne pourra être levée que par l'exécution de la prestation. Face aux coûts de transactions inévitables pour adapter les contrats dans le courant de leur exécution, il apparaît que les gains incitatifs liés aux contrats à prix forfaitaire ne sont pas suffisants pour abandonner la formule des contrats à remboursement de coûts.

Il apparaît en définitive que le recours aux contrats à forfait attribués au travers de procédures concurrentielles, s'il permet dans certaines situations de minimiser les coûts de fournitures et d'éviter les risques de favoritisme et de corruption, peut induire pour des prestations complexes à la fois un surcoût global (moindre efficacité économique), une moindre adaptabilité des spécifications des prestations, de plus longs délais de réalisation mais aussi être à la source d'opportunisme et de frictions contractuelles tant durant la phase d'attribution du contrat que dans le cadre d'inévitables renégociations³⁶.

2. Les classements internationaux et la méthode des indicateurs

La méthode des indicateurs basés sur des variables qualitatives destinées à la mesure et aux comparaisons internationales des systèmes juridiques est désormais une pratique courante aussi bien dans le milieu académique que dans celui des institutions multilatérales. A notre connaissance, aucune base de données existante ne porte sur les contrats ou les marchés publics. Certaines bases³⁷ comprennent des variables qui portent sur des questions périphériques à ce domaine, comme le niveau de corruption de l'administration d'Etat ou locale, le degré d'ouverture des marchés publics aux entreprises non ressortissantes, le niveau de transparence dans l'attribution des marchés publics.

³⁴ Une telle logique de *hold-up*, favorisée par le recours à des contrats forfaitaires, a été notamment mise en évidence dans le cadre de contrats de partenariats public-privé dans des pays en développement. Cf. Guasch J.L., Laffont J.-J. and Straub S., (2003), "Renegotiation of Concession Contracts in Latin America", Working Paper, Edinburgh School of Economics series, n° 103, University of Edinburgh.

³⁵ Tadelis S. and Bajari P., (2006), *op. cit.*

³⁶ Notons que dans certains contrats de l'US Air Force, les premières phases « amont », pour lesquelles l'incomplétude contractuelle est très élevée, donnent lieu à des formules à remboursement de coûts quand les contrats « aval », lorsque les spécifications ne font plus l'objet de fortes incertitudes, revêtent une forme forfaitaire. Cf. Crocker K. and Reynolds K., (1993), The Efficiency of Incomplete Contracts: An Empirical Analysis of Air Force Engine Procurement, *Rand Journal of Economics*, vol. 24, pp. 126-146.

³⁷ La base de données du ministère français de l'économie, des finances et de l'industrie « profils institutionnels », produite par la Direction générale du Trésor et de la politique économique (DGTPE) est la moins imparfaite de ce point de vue.

La méthode des indicateurs basés sur des évaluations qualitatives des dispositifs juridiques a d'ores et déjà suscité de nombreuses études³⁸. Nous ne procéderons pas ici à une étude détaillée supplémentaire, mais chercherons à déterminer si une telle méthodologie est susceptible d'apporter des outils à l'évaluation des contrats publics.

2.1. Le problème des sources et de la nature des données institutionnelles

Au regard des pratiques en vigueur en matière de données institutionnelles, les sources de données relatives aux institutions en général, aux dispositifs juridiques en particulier, peuvent être réparties en trois grandes catégories :

- des données de nature *subjective*, qui prennent la forme de jugements évaluatifs attribués par des experts ou des groupes d'experts détenteurs de savoirs empiriques ou professionnels. Nombre de bases de données internationales produites par des organisations privées dans une perspective d'évaluation du risque pays ou dans celle de la promotion de valeurs démocratiques, entrent dans cette catégorie. Ces données répondent à une logique d'appréhension de la perception qu'ont les répondants de l'état du pays considéré au regard des questions posées.
- des données issues de la *consultation d'experts* à qui incombe la tâche de *décrire le droit en vigueur et sa mise en oeuvre*. Cette démarche est qualifiée par Kaufmann, Kraay et Mastruzzi (2003) comme procédant d'une volonté de recueillir des données objectives, indépendantes des perceptions des répondants. Cette vocation objective est sujette à caution, dans la mesure où les répondants décrivent ce qu'ils pensent être la nature objective des dispositifs juridiques. C'est en l'occurrence la démarche de *Doing Business* et des économistes qui en ont fourni la méthode et l'esprit³⁹;
- La collecte de données juridiques peut être effectuée en consultant directement les textes en vigueur, sans passer par le truchement d'une enquête ou la consultation de répondants. C'est là le procédé utilisé par l'OCDE pour construire son indicateur synthétique de « Législation de protection de l'emploi » (LPE).

Il convient également de préciser la nature des données recueillies ou traitées, que l'on peut répartir elles aussi en trois catégories :

- des données organisées sous la forme d'indicateurs, dont la vertu est d'exprimer, dans un référentiel commun, les caractéristiques institutionnelles de nombreux pays. Ces données reposent sur le principe de la construction de variables de rang, seules à mêmes de permettre d'opérer des classements internationaux ;
- des données quantitatives, qui reposent sur des mesures statistiques, quelle que soit par ailleurs leur source (données d'enquête ou données statistiques publiques) ;
- des données qualitatives, qui prennent la forme de textes (lois et règlements, doctrine, décisions de justice).

Le tableau suivant (tableau 2) offre une vue synthétique de la diversité des contextes d'analyse au regard des données utilisées.

³⁸ Sur les indicateurs de la Banque mondiale/Doing Business, notamment l'indicateur « facilité à faire des affaires » : G. Canivet, A.-M. Frison-Roche, M. Klein (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, L.G.D.J., coll. « Droit et Economie », 2005 ; B. du Marais, Entre la Jamaïque et le Kiribati. Quelques réflexions sur l'attractivité du droit français dans la compétition économique internationale, in Conseil d'Etat, *Sécurité juridique et complexité du droit*, rapport public 2006, La Documentation française, pp. 377-401. ; B. du Marais, *Des indicateurs pour mesurer le droit*, La Documentation française, 2006 ; Société de législation comparée, *Les droits de tradition civiliste en question. A propos de Doing Business*, 2006 ; sur les indicateurs en général et l'indicateur de législation de protection de l'emploi de l'OCDE en particulier : G. Bertola, T. Boeri, S. Cazes, 2000, Employment protection in industrialized countries: the case for new indicators, *International Labour Review*, 2000, 139 (1) ; T. Kirat, Les indicateurs de protection de l'emploi : la mesure du droit du travail en question ?, *Economie et Institutions*, n° 9, 2007 ; sur les indicateurs de compétitivité internationale : S. Grégoir, F. Maurel, Les indices de compétitivité des pays : interprétation et limites, complément A du rapport *Compétitivité* du Conseil d'Analyse Economique (Sous la direction de M. Debonneuil et L. Fontagné), Paris, La Documentation française, 2003, pp. 97-132. ; sur les indicateurs de gouvernance : D. Kaufmann, A. Kraay, M. Mastruzzi, *Governance Matters III : Gouvernance Indicators for 1996-2002*, Banque Mondiale, 2003. ; sur les indicateurs comme base d'analyses de droit comparé : M. Siems, Numerical Comparative Law: Do We Need Statistical Evidence in Order to Reduce Complexity, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, 2005, 13, pp. 521-540.

³⁹ S. Djankov, R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, 2003, Courts, *Quarterly Journal of Economics*, 2003, 118 (3), pp. 453-517.

Tableau 2 – Typologie des sources et des natures des données institutionnelles

		Nature des données		
		Qualitatives (indicateurs)	Quantitatives (données statistiques)	Qualitatives (textes)
Sources des données	Opinion subjective	Freedom House		
	Avis d'experts	Doing Business Djankov <i>et al.</i>		
	Droit positif	OCDE - LPE	Comparaisons quantitatives de la densité des règles	Droit comparé
	Mise en œuvre du droit		Contentieux comparé et indicateurs statistiques* Economie du contentieux du licenciement**	Sociologie empirique du droit* Jurisprudence comparative***

* par ex. E. Blankenburg, The Infrastructure for Avoiding Civil Litigation: Comparing Cultures of Legal Behavior in The Netherlands and West Germany, *Law & Society Review*, 28 (4), 1994, pp. 789-808.

** par exemple, les travaux d'économistes du travail s'intéressant à la sensibilité des juges des conflits du travail à la conjoncture : Maris, Marinescu, Ichino *et al.*

*** au sens qu'Edouard Lambert lui donnait.

2.2. Que mesurent les indicateurs ?

Les dispositifs juridiques et, partant, les familles de droit, font donc désormais l'objet de mesures qui présentent deux qualités : d'une part, elles autorisent des classements ordinaux des nations en termes de rigueur de la réglementation et, d'autre part, elles constituent des données utilisables dans des analyses économétriques combinant données institutionnelles et données macroéconomiques.

A. Le droit positif ou la régulation juridique en pratique ?

La méthode des indicateurs qualitatifs appelle une interrogation sur l'objet de la mesure : s'agit-il de procéder à une notation des normes décrites dans les règles positives, ou de saisir l'effet des normes en pratique, c'est-à-dire leur mise en œuvre ? Une autre question complète la précédente : si l'objet de la mesure est le droit positif écrit, n'y a-t-il pas un risque de biais en défaveur des systèmes de droit civil, où les normes sont codifiées donc écrites, alors que les systèmes de common law ont une faible tendance à la codification compte tenu de l'importance qu'y prend la régulation jurisprudentielle ?

Le problème de savoir si les indicateurs mesurent le droit formel ou les situations empiriques ne semble pas avoir suscité de solution convaincante⁴⁰. A cet égard, Botero *et al.* font preuve d'une ambiguïté quasi artistique : ils précisent que leur approche consiste à « mesurer les règles formelles »⁴¹, avant de répondre à l'objection qui leur a été adressée à propos de travaux antérieurs, à savoir que « la qualité de la mise en œuvre (*enforcement*) des règles varie fortement selon les pays, et que par conséquent les règles formelles ne donnent que peu d'informations sur ce qu'il advient 'sur le terrain' »⁴². Botero *et al.* répondent à cela que la qualité de l'*enforcement* peut être contrôlée économétriquement, mais surtout que, fondamentalement, « les règles formelles importent énormément » (*ibid.*). Il n'y aurait donc pas d'écart entre l'énoncé des normes écrites et leur mise en œuvre, ce qui est une hypothèse que l'on peut qualifier d'héroïque. Cette hypothèse revient à considérer les normes juridiques comme performatives, faisant advenir dans les faits la situation qu'elles décrivent.

B. Une mesure du droit ou de sa perception par des « experts » ?

Les protocoles de recueil de données institutionnelles par les chercheurs ou les institutions multilatérales méritent examen. Nous avons vu que l'ambition de la Banque mondiale est de capturer des données objectives, descriptives des procédures et des réglementations en vigueur dans tel ou tel pays. C'est également l'ambition de l'OCDE pour l'élaboration de l'indice synthétique LPE. Pourtant, différents procédés, de qualité inégale, sont mis en œuvre.

⁴⁰ Cf. T. Kirat, 2007, *op. cit.* ; B. Ahlring, S. Deakin, Labour Regulation, Corporate Governance and Legal Origin: A Case of Institutional Complementarity? Centre for Business Research, University of Cambridge, Working Paper No. 312, 2005 ; pour une construction d'indicateurs différents et mieux cadrés juridiquement, voir P. Lele *et M. Siems*, Shareholder Protection: A Leximetric Approach, *Journal of Corporate Law Studies*, 7(1), 2007, pp. 17-50.

⁴¹ Botero J., S. Djankov R. La Porta, F. Lopez-de-Silanes, A. Shleifer, 2004, The Regulation of Labor, *Quarterly Journal of Economics*, vol. 119, n° 4, 2004, p. 1346.

⁴² *Ibid.*, p. 1347.

La méthode de la Banque mondiale consiste à recueillir des données qualitatives par voie de questionnaires que des experts nationaux (généralement des avocats) sont invités à renseigner. Or, le recours à des experts chargés d'informer l'organisme enquêteur ne permet d'obtenir, au mieux, que les perceptions qu'ils ont, dans leurs pratiques professionnelles, du droit positif en vigueur. Ainsi, sur certaines variables quantitatives, la pertinence du recours à des estimations formulées par des experts peut être mise en doute. C'est en particulier le cas des durées effectives des procédures, pour lesquelles les estimations faites par un praticien ne peuvent qu'être fondées sur une expérience locale dont rien n'assure *a priori* la qualité de représentativité des situations globales.

La méthode de l'OCDE est toute autre : elle ne consiste pas à recourir à la consultation de praticiens mais à décrire les règles telles que la législation et la réglementation en vigueur les énoncent. Il s'agit donc de recourir aux textes en vigueur, ce qui a la vertu de prévenir les risques de biais subjectifs de quelques experts-praticiens. Cependant, elle ne saisit pas, alors, la mise en oeuvre des règles, notamment par les tribunaux. L'OCDE reconnaît explicitement que la jurisprudence et l'interprétation de la réglementation par les tribunaux constituent une limite de l'indicateur de LPE⁴³.

A cet égard, l'effet du contentieux ou de la jurisprudence peut aller dans deux sens : soit dans celui du « durcissement » de la réglementation (lorsque les tribunaux conduisent à accroître les coûts des procédures par rapport à ce que prévoit le droit commun), soit dans celui de son « allègement » (lorsque les tribunaux n'usent pas de dispositions législatives dont la lettre peut être contraignante pour l'une des parties au procès). En tout état de cause, faute d'une compréhension appropriée de l'activité des tribunaux en tant qu'ils mettent en oeuvre les dispositifs législatifs et réglementaires, rien ne peut être dit de l'effet du contentieux et de la jurisprudence sur la rigueur de la réglementation.

2.3. Des indicateurs portant sur le droit des contrats publics ?

Les questions posées précédemment à propos des indicateurs qualitatifs conduisent à une position nuancée, voire circonspecte, sur l'usage d'une telle méthode dans l'étude du contrat public et de son équilibre. Par contre, deux voies également intéressantes et complémentaires mériteraient d'être explorées : celle des indicateurs quantitatifs et celle du droit comparé. Toute deux peuvent reposer sur un principe commun, que dégage la méthode comparatiste : construire un cadre de comparaison et de mesure statistique sur l'identification des équivalents fonctionnels.

Les équivalents fonctionnels peuvent être pris au sens large, pour inclure aussi bien les fonctions que les modes opératoires de la régulation du contrat.

Les fonctions liées à l'exécution du contrat public peuvent être assumées sous des formes plurielles ; ainsi, les pouvoirs et les marges de manoeuvre dont dispose la personne publique peuvent varier selon les pays ; les voies de contestation des décisions de la personne responsable du marché sont également plurielles (recours gracieux, recours contentieux, conciliation). La politique du Royaume-Uni, en la matière, est de limiter les recours contentieux par la pratique des clauses de conciliation ou d'adjudication. La diversité des procédures est une illustration de la diversité des systèmes nationaux de réglementation des contrats publics⁴⁴ qui empêche de procéder à des comparaisons terme à terme de dispositions juridiques précisément définies et éventuellement mesurées. Par exemple, un indicateur quantitatif de « litigiosité » de l'exécution du contrat public, quand bien même il serait disponible, ne peut donner lieu à comparaison entre pays en tant que tel⁴⁵.

S'agissant des modes opératoires, on peut admettre que dans tout contrat, l'équilibre est une condition de l'efficacité et de l'équité de la relation entre l'autorité publique et son cocontractant, dans la mesure où elle est au cœur de la poursuite de l'exécution et de l'allocation des coûts supplémentaires entre les parties au

⁴³ OCDE, *Perspectives de l'emploi 2004*. Voir plus particulièrement la page 71.

⁴⁴ Cf section 2, *infra*.

⁴⁵ E. Blankenburg montre ainsi pourquoi il est rationnel, en Allemagne, de recourir au tribunal et pas aux Pays-Bas, pour des litiges de nature semblable. E. Blankenburg, *The Infrastructure for Avoiding Civil Litigation: Comparing Cultures of Legal Behavior in The Netherlands and West Germany* *Law & Society Review*, 28 (4), 1994, pp. 789-808. Dans une analyse comparée des procédures de contestation des décisions de licenciement en France et au Royaume-Uni, E. Serverin estime que « toute comparaison internationale des taux de litiges implique d'intégrer l'ensemble des étapes des procédures de gestion des différends, sans s'arrêter aux seuls chiffres des affaires qui ont donné lieu à jugement. Faute de quoi, une prime d'efficacité sera décernée aux pays qui laissent dans l'ombre les mécanismes de dérivation, et pire encore, à ceux qui limitent le droit d'accès aux tribunaux ». E. Serverin, *Le traitement des litiges du travail en droit français et britannique : deux procédés d'intégration des règlements amiables*, RDT, Dalloz, 2007.

contrat⁴⁶. Mais le langage du droit et, au-delà, les modes opératoires, ne relèvent pas d'un modèle unique : dans certains pays, comme l'Allemagne et le Royaume-Uni, l'exécution du contrat, et donc son équilibre, sont régis par le droit privé. Dans ce cas de figure, la personne publique ne possède pas les droits exorbitants dont elle est investie dans les pays qui, comme la France et l'Espagne, ont institué un régime de droit public. Dans les deux premiers, les règles du droit privé libèrent le cocontractant de ses obligations en cas de bouleversement des données contractuelles. Il est peu vraisemblable, sous réserve de vérifications empiriques, que les personnes publiques se résolvent passivement à une telle issue, qui débouche sur des prestations inachevées ; les mécanismes d'équilibrage, d'adaptation du contrat à des situations d'altération des données contractuelles, ne sont pas alors à trouver dans la réglementation du contrat, mais dans des pratiques contractuelles ou dans des principes et recommandations non contraignantes des autorités publiques.

Section 2 – Des systèmes règlementaires hétérogènes

La comparaison des dispositifs d'équilibrage des contrats publics dans un cadre international suppose que soit préalablement reconnue la diversité des systèmes règlementaires. La présente section propose une typologie (1.) qui fera l'objet d'approfondissements (2.).

1. Une typologie des systèmes règlementaires

Les systèmes de réglementation des contrats publics en vigueur dans les cinq pays considérés ici font preuve d'une assez grande hétérogénéité qui, par ailleurs, ne recoupe pas précisément l'appartenance à la tradition romaniste ou à celle de la common law. Il est important de souligner que, dans le cas des quatre pays européens, le droit communautaire tend à harmoniser les principes fondamentaux de la définition et de la passation des contrats publics, mais que cette tendance à l'harmonisation ne touche ni les procédures de recours contre les décisions d'attribution des personnes publiques, ni les règles applicables à l'exécution des contrats publics.(voir 2^{ème} partie, section 1,1-E)⁴⁷

La diversité des procédures de contrôle, au sens large, (« *review* ») au sein des pays membres a été très récemment analysée en détail par l'OCDE⁴⁸. Le sujet de la présente étude commandant de nous en tenir au régime juridique de l'exécution et de l'équilibre du contrat, nous n'insisterons pas outre mesure sur cette question, dont des aspects seront néanmoins précisés, autant que de besoin, plus loin (cf infra, 2.). Cette diversité, dont une vue est offerte dans la figure ci-dessous (figure 1), peut être ramenée à deux critères fondamentaux : le poids respectifs du droit privé et du droit public dans la passation et l'exécution des contrats ; la forme de l'Etat, unitaire ou fédérale, qui pose la question de l'unicité ou de la multiplicité des niveaux territoriaux de réglementation des contrats publics.

D'un point de vue général, deux configurations se présentent, qui ne recourent pas le critère l'appartenance à la common law ou à la civil law :

- l'Espagne, la France et les Etats-Unis ont en commun un régime de droit public du contrat, qu'il s'agisse de la contestation des procédures de passation ou de l'exécution. Ces pays partagent également l'existence d'un pouvoir de modification unilatérale aux mains de la personne publique, d'un caractère plus ou moins impératif des cahiers des clauses administratives générales et de la compétence des juridictions administratives en matière de contrats publics. Les Etats-Unis se différencient des deux autres pays par sa forme fédérale, qui implique une pluralité territoriale des réglementations des contrats : outre la réglementation fédérale qui concerne les achats des ministères fédéraux et de certaines agences (NASA), les Etats fédérés et, dans certains cas, les municipalités disposent d'un pouvoir de réglementer les contrats dans les territoires qui relèvent de leur juridiction⁴⁹ ;

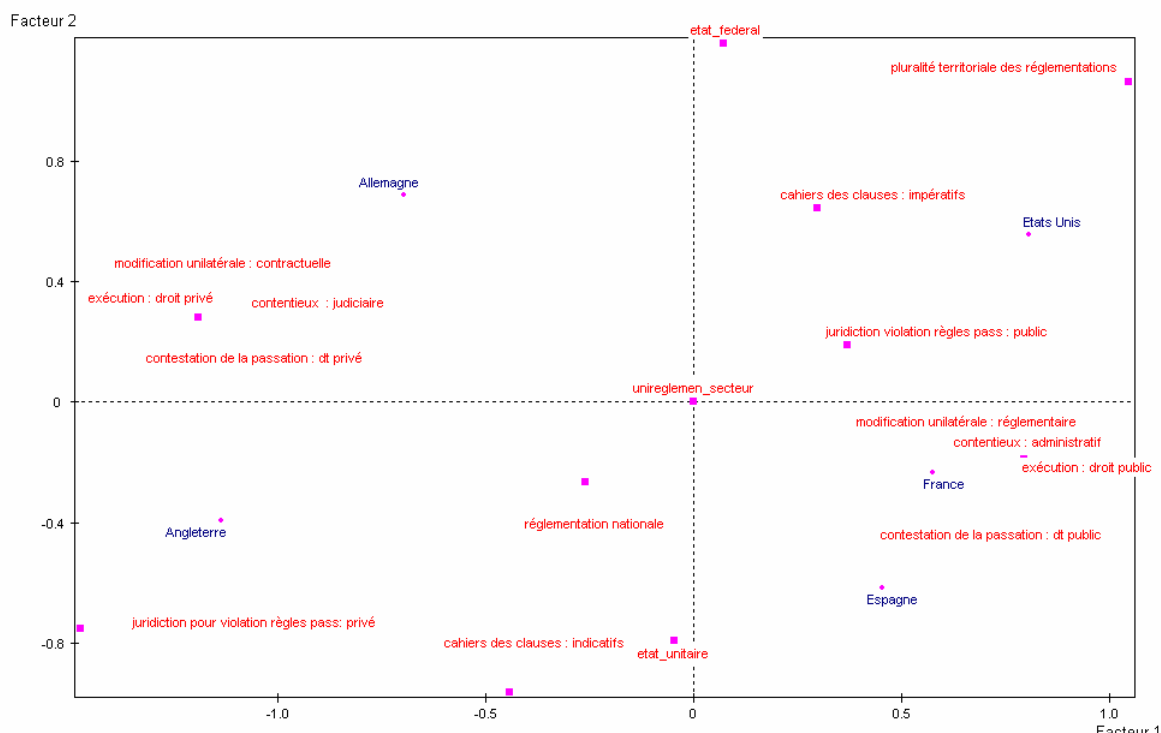
⁴⁶ Cf L. Vidal), *L'équilibre financier dans la jurisprudence administrative*, Bruylant, 2005.

⁴⁷ Notons toutefois que certaines règles communautaires qui vont dans le sens d'un "droit privé européen" (par ex. la directive 2000/35 sur les retards de paiement) sont susceptibles d'uniformiser certains aspects de l'exécution.

⁴⁸ OECD, Public Governance and Territorial Development Directorate, *Public Procurement Review and Remedies Systems in the European Union*, GOV/SIGMA(2007)5, 06 April 2007.

⁴⁹ ce qui a, entre autres, pour effet de rendre impossible l'élaboration de traités ou de manuels de droit du procurement au niveau des Etats, compte tenu que « il n'existe pas de 'droit commun' qui permette d'unifier les droits du procurement des Etats » : C. Tiefer, W. A. Shook, *Government Contract Law*, 2nd Ed., Carolina Academic Press, 2004, p. 40. De plus, les constructions jurisprudentielles des tribunaux d'Etat en matière d'équilibre du contrat, c'est-à-dire de compensation d'éventuelles charges extracontractuelles, ne sont pas uniformes sur tout le territoire. Ainsi, les doctrines de l'*abandonment* et du *cardinal change* ne sont pas adoptées par toutes les juridictions d'Etat ; de plus, alors que certaines les considèrent comme équivalentes, d'autres y voient des différences fondamentales. Cf. A. P. Silberman (2004), *Abandonment and Cardinal Change on State and Local Procurement Projects*, *The Procurement Lawyer*, vol. 39, n° 3, pp. 17-21.

Figure 1 – La diversité des systèmes règlementaires



- L'Allemagne et le Royaume-Uni se différencient du groupe précédent par l'ampleur des règles de droit privé en matière de contrat des personnes publiques, qu'il s'agisse de la compétence de la juridiction judiciaire pour la violation des règles de passation, la contestation de l'attribution de contrats, ou de leur exécution. Le régime des modifications unilatérales est en principe contractuel. Les deux pays se différencient par le fait que l'Allemagne est un système fédéral, qui implique une certaine latitude des Länder en matière de réglementation de leurs achats, ainsi que par le fait que, au Royaume-Uni, les cahiers des conditions générales ont un caractère indicatif.

Des pays appartenant au monde de la common law, le Royaume-Uni se distingue par la compétence de la juridiction judiciaire en matière de contrats des personnes publiques et un régime de droit privé. Les Etats-Unis, du point de vue de la réglementation fédérale, ne partagent avec le Royaume-Uni aucun dispositif institutionnel relatif aux contrats publics ; par contre, la proximité des Etats-Unis avec l'Espagne et la France doit être soulignée. Une étude plus précise des dispositifs de réglementation des contrats publics dans chacun des pays considérés confirmera ce jugement.

2. La réglementation de la passation et de l'exécution du contrat public dans cinq pays : une présentation synthétique

Il convient maintenant d'aborder les dispositifs réglementaires relatifs à la passation et, surtout, à l'exécution des contrats publics en vigueur dans les cinq pays considérés.

2.1. Le cas français

L'ensemble des contrats publics n'est pas régi par un corps de règles uniformes, même s'ils répondent à des principes communs. Seuls les marchés publics sont régis par un Code, les règles applicables aux délégations de service public et aux contrats de partenariat public-privé n'étant quant à elles pas codifiées ; elles sont prévues dans différents textes (code général des collectivités territoriales pour les délégations de service public, diverses lois d'orientation et ordonnances pour les contrats de partenariat de l'Etat).

Le CMP a été l'objet de trois réformes successives depuis 2001. Le Code désormais en vigueur a été promulgué par le décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics (assorti de la circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du CMP) qui transpose les directives 2004/17/CE et

2004/18/CE. Une ordonnance du 6 juin 2005 définit le régime des marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au CMP.

A – La passation des marchés publics

Le CMP définit des principes fondamentaux destinés à assurer l'égalité des candidats à la commande publique, ainsi que les entités soumises au Code. Celles-ci comprennent :

- les « pouvoirs adjudicateurs » : l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et l'ensemble de leurs établissements publics locaux,
- les « entités adjudicatrices », c'est-à-dire les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une activité d'opérateur de réseaux : eau, énergie, transports, services postaux,
- certaines personnes privées : mandataires d'une personne publique soumise au code, personnes morales de droit privé participant à un groupement de commandes.

L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 est relative à certaines personnes publiques ou privées qui n'entrent pas dans le champ d'application du CMP, mais qui sont soumises à des obligations de mise en concurrence imposées par le droit communautaire (ex : établissements publics à caractère scientifique et technologique pour les achats concernant leurs activités de recherche, EPIC, etc.).

Les dispositions du CMP relatives aux règles de publicité sont différentes en fonction de l'organe adjudicateur, des types de marché, de leur montant. En résumant, les obligations de publication des appels d'offres portent sur les marchés d'un montant élevé, d'au moins 90 000€ HT pour une publication dans le BOAMP, un journal d'annonces légales ou dans certains cas la presse spécialisée ; une obligation de publication dans le JOUE est imposée pour les marchés de travaux d'un montant supérieur à 270 000€ HT et, pour les marchés de fournitures et de services de l'Etat, d'un montant supérieur à 135 000 € HT (seuil porté à 210 000€ pour les collectivités territoriales).

S'agissant des procédures, on distingue les procédures formalisées dont le déroulement est clairement défini dans les articles du CMP, et la procédure adaptée dont le déroulement est laissé à la libre appréciation de la personne publique. Les procédures formalisées concernent :

- a) L'**appel d'offres**, qui peut être ouvert ou restreint, au choix de la personne responsable du marché ; dans l'appel d'offres restreint, seuls peuvent remettre des offres les opérateurs qui y ont été autorisés après sélection.
- b) La **procédure négociée**, qui peut être passée avec ou sans publicité préalable et, en l'absence de publicité, avec ou sans mise en concurrence. Il ne peut être passé de procédure négociée que dans les cas bien définis.
- b) Le **dialogue compétitif**, qui est une procédure par laquelle la personne publique conduit un dialogue avec les candidats admis à y participer, en vue de définir une ou plusieurs solutions susceptibles de répondre à ses besoins et sur la base desquelles les participants au dialogue seront invités à soumettre une offre.
- c) Le **concours**, procédure par laquelle « la personne publique choisit, après mise en concurrence et avis du jury, un plan ou un projet avant d'attribuer à l'un des lauréats du concours un marché ». Elle est appliquée notamment dans les domaines de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture, de l'ingénierie ou des traitements de données.
- d) Le **Système d'acquisition dynamique (SAD)**, qui est une procédure entièrement électronique de passation de marché public, pour des fournitures courantes, par laquelle le pouvoir adjudicateur attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés à l'un des opérateurs préalablement sélectionnés sur la base d'une offre indicative.

Quant à la procédure « adaptée », elle ne peut en aucun cas être appliquée aux marchés dont la valeur dépasse un certain seuil, dont le montant est différent selon les types de marché (de 135.000 € HT pour les marchés de fournitures et services de l'État à 420.000 € HT pour les marchés des secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux).

Enfin, reste à aborder la question des recours et des litiges relatifs à la passation du marché. Le président du tribunal administratif peut être saisi en cas de manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles est soumise la passation des marchés publics. Il est saisi avant la conclusion du contrat et peut ordonner à l'auteur du manquement de suspendre la passation du contrat ou l'exécution de toute décision qui s'y rapporte. Lorsqu'il est saisi, il peut enjoindre de différer la signature du contrat jusqu'au terme de la procédure et pour une durée maximum de vingt jours. Le président du tribunal administratif statue en premier et dernier ressort en la forme des référés. L'audience est publique. En

matière de marchés publics, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel le marché est exécuté. Si leur exécution s'étend au-delà du ressort d'un seul tribunal administratif ou si le lieu de cette exécution n'est pas désigné dans le contrat, le tribunal administratif compétent est celui dans le ressort duquel l'autorité publique contractante ou la première des autorités publiques dénommées dans le contrat a signé le contrat. Les parties peuvent cependant convenir de soumettre leurs différends à un autre tribunal. (art. R. 312-11 CJA).

B – L'exécution des marchés publics

Le CMP consacre de nombreuses dispositions à la passation des marchés publics ; mais il porte également, même si le nombre de dispositions est plus réduit, sur l'exécution des marchés et leur contrôle. Outre les dispositions relatives à leur exécution financière (avances, acomptes, garanties financières), est seule consacrée l'interdiction de bouleverser l'économie du contrat (art. 20 CMP). Tout litige relatif à l'exécution du marché peut être soumis par le titulaire du marché au tribunal administratif dans le cadre des procédures de droit commun. Il peut auparavant saisir le comité consultatif de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés prévu par l'article 127 du CMP. Ces comités ont pour mission de proposer aux parties les éléments d'un règlement amiable. Pour ce qui est de la détermination du tribunal administratif compétent, les règles sont les mêmes que celles qui ont été exposées *supra* en matière de passation.

C – La passation et l'exécution des autres contrats

En dehors des marchés publics, l'étude du contrôle et du contentieux de la passation des délégations de service public et des partenariats public-privé permet de tirer deux constats : si aux acteurs traditionnels du contrôle de la passation de ces contrats se sont adjoints des acteurs nouveaux ou dotés de moyens renouvelés, le contentieux de leur passation a vu s'accroître le rôle du juge répressif et du juge de la concurrence. Quant au contrôle et au contentieux de leur exécution, on relèvera que les contrôles externes sont plus divers que les contrôles exercés par le délégant, la résolution contentieuse des litiges nés de l'exécution desdits contrats demeurant principalement du ressort du juge administratif, juge du contrat.

2.2. Le cas espagnol

Le droit espagnol a subi, au début du XX^{ème} siècle la double influence des droits allemand et français. L'ordre juridictionnel administratif dépend, en dernier ressort, d'une chambre spécialisée du Tribunal Suprême (*Tribunal Supremo, Sala del Contencioso administrativo*). En matière de contrats administratifs, la jurisprudence du Tribunal Suprême a été largement influencée par celle du Conseil d'État français, bien que les conséquences fonctionnelles des qualifications de service public et de contrat administratif soient très différentes d'un pays à l'autre.

Le droit espagnol des contrats administratifs est essentiellement d'origine législative, et non jurisprudentielle. Le texte fondamental concernant le régime de tous les contrats administratifs de tous les niveaux d'administration est la loi sur les contrats des administrations publiques n° 13/1995 du 18 mai 1995 (*Ley de contratos de administraciones públicas*) dite « *LCAP* »⁵⁰, modifiée par la loi 53/1999 du 28 décembre. Le texte a ensuite été refondu par le décret législatif royal 2/2000 du 16 juin 2000⁵¹. Le texte refondu de la LCAP a été augmenté des articles 220 et suivants, qui concernent tous la concession de travaux, dont la définition et le régime ont été modernisés par une loi de 2003⁵². D'autres aménagements ont été apportés par le décret législatif royal du 11 mars 2005 qui vise à renforcer la transparence et la concurrence dans les procédures de passation engagées par les fondations et les entités concurrentielles du secteur public. La LCAP précise que sont applicables à la commande publique les principes de publicité et de mise en concurrence, d'égalité de traitement et de non discrimination.

La LCAP s'organise selon une architecture binaire : elle distingue les contrats administratifs des contrats privés de l'administration. Dans un livre I, elle établit le régime de tous les contrats administratifs. Dans un livre II, elle définit les régimes particuliers à chaque type de contrat administratif. Les contrats administratifs qui ne rentrent dans aucune catégorie définie sont qualifiés de contrats administratifs spéciaux et sont soumis au régime général du livre I. Au sein des contrats administratifs nommés existent quatre catégories : les marchés de travaux (*contratos de obras*), les marchés de services (*contratos de servicios*), les contrats de gestion de service public (*contratos de gestión de servicios públicos*) et les contrats de fournitures (*contratos de suministro*). Au sein des contrats de travaux, l'on distingue les simples contrats de travaux et les concessions de travaux publics (*concesiones de obras*). La catégorie des contrats de gestion de service public

⁵⁰ BOE n° 119, 19 mai 1995, pp. 14601 s.

⁵¹ Décret législatif royal n° 2/2000 du 16 juin 2000*, refondant la loi des contrats des administrations publiques (LCAP), BOE n° 148 du 21 juin 2000, p. 21775.

⁵² Loi n° 13/2003, du 23 mai 2003, réglementant le contrat de concession de travaux publics, BOE n° 124 du 24 mai 2003, p. 19932.

comprend quatre formes de gestion indirecte du service public : concession (qui comprend la notion française d'affermage), concert (*concierto*), gestion intéressée et économie mixte.

La LCAP organise de manière exhaustive l'identification et le régime des contrats de l'administration. La consécration de la catégorie particulière du « *contrat administratif* » témoigne que le droit espagnol a très vite reçu la théorie française du contrat administratif⁵³ et en a conservé la trace en droit positif. Les prérogatives reconnues à l'administration par la LCAP ne sont que la reprise des principes généraux du droit dégagés par le Tribunal suprême dans sa formation du contentieux administratif : pouvoirs de direction et de contrôle, d'interprétation, de modification (*ius variandi*) et de résiliation unilatéraux, mais également principe d'équilibre économique du contrat.

Pour ce qui concerne plus particulièrement les procédures de passation des marchés publics, le droit espagnol est soumis aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE. Le Gouvernement espagnol, qui n'a toujours pas adopté les mesures qu'appelle leur transposition, s'est saisi récemment de la question. Ceci n'appelle aucun commentaire particulier sauf à relever, par exemple, qu'aucune règle interne ne vient modifier le calcul des seuils dont les montants sont calqués sur les dispositions communautaires ou que pour les contrats d'un certain montant (6.010.121,04 HT), toute modification du contrat égale ou supérieure à 10 % du montant initial impose de recourir à une procédure spécifique.

2.3. Le cas allemand

Bien que l'ordre juridique allemand connaisse la distinction entre droit public et droit privé, la notion de contrat administratif (*Verwaltungsvertrag*) ou contrat de droit public (*öffentlich-rechtlicher Vertrag*) n'a été consacrée par un texte législatif qu'en 1976. En effet, selon le § 54, al. 1^{er} de la loi fédérale sur la procédure administrative non contentieuse (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) « un rapport de droit dans le domaine du droit public peut être fondé, modifié ou supprimé par contrat (contrat de droit public), sauf règles de droit contraires ». Le critère principal de la distinction par rapport aux contrats de droit privé est celui de l'objet, il faut donc rechercher si l'obligation contractuelle souscrite présente un caractère de droit public⁵⁴. Traditionnellement, les marchés publics sont considérés comme des contrats de droit privé⁵⁵, des « actes auxiliaires de gestion » (*fiskalische Hilfsgeschäfte*) pour la satisfaction de besoins matériels sans rapport avec l'accomplissement des tâches de puissance publique ; ils ne font pas naître de rapport « dans le domaine de droit public » et ne sont pas du ressort du juge administratif.

A- Passation

La passation des marchés publics est régie par un ensemble des règles structurées de manière complexe. La transposition des directives communautaires est assurée par la quatrième partie de la loi fédérale contre les restrictions de la concurrence (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, *GWB*). Du point de vue matériel, la loi pose les grands principes (champ d'application personnel et matériel, définition des procédures) et renvoie, à travers un règlement d'application, à des règles de passation détaillées, regroupées selon l'objet de la prestation (*VOB/A* pour les marchés de travaux, *VOL/A* pour les marchés de fournitures et de services et *VOF* pour les marchés portant sur des services prestés par des professionnels libéraux et ne pouvant pas faire l'objet d'une précision suffisante). Cette stratification en trois niveaux est connue comme « système de cascade ». Le respect de l'ensemble de ces règles est assuré par un système de contrôle instauré par la *GWB* conformément aux directives « recours » mais structuré en deux étapes : avant la conclusion du contrat, le candidat évincé peut saisir une autorité indépendante, la « chambre de passation » (*Vergabekammer*, *VK*, il en existe 29), dont la décision peut, le cas échéant, être contestée, dans des délais brefs, devant une section spécialisée (*Vergabesenate*) de la cour d'appel (*Oberlandesgericht*, *OLG*) territorialement compétente. En dessous des seuils communautaires, la passation des marchés publics est régie par les principes du droit budgétaire (notamment loi du 19 août 1969) et par certaines dispositions des *VOB/A* et *VOL/A*. Le système de contrôle de la *GWB* ne s'y applique pas et, de manière générale, les candidats évincés ne bénéficient d'aucune protection juridictionnelle avant la conclusion du contrat⁵⁶. Cette situation, discutable au regard du droit communautaire, l'est aussi au regard de l'article 19, al. 4 de la Loi fondamentale, selon lequel « quiconque est lésé dans ses droits par la puissance publique dispose d'un recours juridictionnel ». Il est néanmoins traditionnellement admis que, d'une part, les candidats ne tirent

⁵³ Garrido Falla (Fernando), *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Editorial Tecnos, 2002, vol. 2, p. 77.

⁵⁴ Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2006, 16^e éd., p. 368.

⁵⁵ Voir, en dehors d'une abondante jurisprudence (BVerwG 7 novembre 1957, NJW 1958, p. 394 ; BGH 26 octobre 1961, Recueil vol. n° 36, p. 91 ; Chambre commune des cours suprêmes (GSOGB) 10 avril 1986, NJW 1986, p. 2359), l'exposé des motifs de la loi du 26 août 1998 modifiant la loi fédérale contre les restrictions de la concurrence (*GWB*).

⁵⁶ Une action en indemnisation sur le fondement de la responsabilité du fait des pourparlers précontractuels (*culpa in contrahendo*) est néanmoins possible sans que le requérant puisse obtenir annulation du contrat attribué.

pas de droits subjectifs des règles de passation fondées sur le droit budgétaire et que, d'autre part, l'administration acheteuse n'agit pas à son titre de « puissance publique » mais en tant que demandeur sur un marché. Depuis 2005, certaines juridictions administratives ont tenté de remettre en cause cette acception en se reconnaissant compétentes pour accorder une protection juridictionnelle provisoire aux candidats concourant pour des marchés non couverts par les directives⁵⁷. À cet effet, elles ont fait application de la vieille théorie des « deux étapes » (Zwei-Stufen-Lehre), proche de celle des actes détachables en droit français, afin de scinder la procédure de passation entre une phase préalable à la conclusion, relevant du droit public, et la conclusion du contrat, lequel demeure de droit privé. Mais, par une décision du 13 juin 2006, la Cour constitutionnelle fédérale a freiné cette évolution en confirmant la position classique⁵⁸.

Les solutions actuelles du droit allemand sont très compliquées⁵⁹ mais s'expliquent surtout par l'évolution historique et la pluralité des acteurs dans l'élaboration des textes. À l'origine (république de Weimar), les règles relatives à la passation et l'exécution des marchés étaient négociées au sein des comités mixtes, composés des représentants des autorités publiques et du secteur privé. Les VOB et VOL ainsi élaborés constituaient plus ou moins des directives pour la bonne utilisation des deniers publics, non soumis à la sanction du juge. Le droit communautaire, avec notamment les directives « recours », est venu bouleverser cette logique, ce qui a contraint les pouvoirs publics, sous la pression de la Cour de justice, de revoir le système applicable jusqu'alors. La conception initiale ne fut pas moins abandonnée, ce dont témoigne la stratification des règles actuelles et surtout le régime des marchés en dessous des seuils communautaires..

Au fond, les procédures applicables en dessous des seuils communautaires vont plus ou moins de pair avec celles prévues par les directives : les principes de mise en concurrence et de non-discrimination sont expressément consacrés (dans le domaine des travaux, un système de préqualification fut récemment introduit) ; l'appel d'offres ouvert (öffentliche Ausschreibung) est la règle mais il est possible, dans certaines conditions, d'appliquer l'appel d'offres restreint (beschränkte Ausschreibung) ou la passation sans formalités (freihändige Vergabe) ; les négociations (Verhandlungen) après ouverture des offres sont interdites (sauf précision sur la teneur de l'offre) ; l'allotissement (Losvergabe) est le principe ; l'attribution (Zuschlag) est faite à l'offre économiquement la plus avantageuse ; dans le domaine des travaux (§ 31 VOB/A), un recours administratif est possible devant une « instance de contrôle » (Nachprüfungsstelle), qui sera généralement l'autorité chargée du contrôle de légalité.

B - Exécution

Les marchés publics constituent des contrats de droit privé, donc régis par le droit civil. Cependant, la partie B des VOB et VOL contient des règles spéciales pour l'exécution respectivement des marchés des travaux et des fournitures/services. Ces textes, équivalents aux CCAG français, sont élaborés par les mêmes comités mixtes dans le but d'assurer un meilleur équilibre des intérêts des parties contractantes que celui garanti par le Code civil (BGB). Pouvant aussi être utilisés dans le secteur privé, les VOB/B et VOL/B doivent être intégrés dans les futurs contrats par les pouvoirs adjudicateurs qui peuvent, le cas échéant, les compléter par des clauses particulières ou supplémentaires. Les VOB/B et VOL/B ne revêtent pas le caractère d'une loi ou d'un règlement mais constituent des « conditions générales contractuelles » (allgemeine Geschäftsbedingungen) au sens du droit civil (§ 1, al. 1^{er} de la loi de 1976 sur les conditions générales, codifiée depuis 2001 dans les §§ 305 et ss. BGB). Cela implique la possibilité d'un contrôle judiciaire de leurs clauses selon les modalités des §§ 305 ss. BGB⁶⁰. Une exception à ce contrôle est admise pour le VOB/B lorsque ce texte est intégré sans aucune modification dans le contrat futur⁶¹.

⁵⁷ Résumé de cette jurisprudence administrative par Krist/Kutzscher, Von der Unwilligkeit einer Gerichtsbarkeit – oder : Das schnelle Ende des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes im Vergaberecht?, VergabeR 2006, p. 823 et ss.

⁵⁸ Décision n° 1 BvR 1160/03, VergabeR 2006, p. 871 (commentaires : Frenz, VergabeR 2007, p. 1 et ss.; Braun, VergabeR 2007, p. 17 et ss.; Spiesshofer/Sellmann, VergabeR 2007, p. 159 et ss.; Sauer/Hollands, NZBau 2007, p. 763 et ss.)

⁵⁹ Voir par ex. Kau, Vergaberechtliches Kaskadenprinzip und europäisches Gemeinschaftsrecht, EuZW 2005, p. 492 et ss.

⁶⁰ Voir généralement, Looschelders, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, 2005, 3^e éd., nos 357 et ss.; pour le VOB/B : Locher in Ingenstau/Korbion (dir.), VOB Kommentar, 2007, 16^e éd., annexe n° 1.

⁶¹ Voir §§ 308 Nr. 5 et 309 Nr. 8 b, ff) BGB. Cette solution, connue comme « Privilegierung der VOB » est fondée sur le caractère « équilibré » (Ausgewogenheit) que lui reconnaît la jurisprudence (voir notamment BGH, 16 décembre 1986, NJW 1983, p. 816 et dernièrement BGH, 22 janvier 2004, VII ZR 419/02). S'agissant des marchés publics, cette situation est, selon une partie de la doctrine, ouverte à critique puisque, de toute façon, contrôlées isolément, certaines stipulations du VOB/B ne semblent guère « équilibrées » (voir en dernier lieu, Peters, Die VOB/B bei öffentlichen Ausschreibungen, NZBau 2006, p. 273 et ss.).

2.4. Le cas anglais

En droit anglais, les marchés publics sont considérés comme des « ordinary, commercial contracts » régis par le droit privé (il n'existe pas de notion de « contrat administratif »). Jusqu'à une époque récente, ils ne faisaient pas l'objet d'une réglementation spéciale mais plutôt des « codes de conduite » officieux. La transposition des directives communautaires a donné naissance à un véritable « Public Procurement Law »⁶². Assurée, au départ, par des circulaires ministérielles, puis par des « Statutory Instruments » (forme de législation déléguée) édictés sur la base du European Communities Act 1972, elle procède de la méthode « copy out », ce qui la différencie des méthodes française et allemande. Les « Public Contracts Regulations 2006 » (SI 5/2006 du 9 janvier 2006, transposant les directives 2004/18 et 89/665) et « Utilities Contracts Regulations 2006 » (SI 6/2006 du même jour, transposant les directives 2004/17 et 92/13) n'opèrent que des réajustements (ainsi par ex. de l'adaptation du champ d'application rationae personae aux catégories juridiques nationales ou de la méthode de computation des seuils par des services acheteurs distincts au sein d'une même unité) ou des rénovations (ainsi par ex. de l'introduction d'une période de « stand still » conformément à l'arrêt Alcatel) très limités. Les deux Statutory Instruments, applicables en Angleterre et au Pays de Galles ainsi qu'à l'Irlande du Nord⁶³, ne couvrent donc que les marchés de seuil communautaire. Les actions juridictionnelles formées conformément aux directives « recours » sont portées devant la High Court. En dessous des seuils, il n'existe pas de réglementation générale sur la passation mais quelques règles éparses⁶⁴. De manière globale, l'utilisation des deniers publics doit respecter le principe de « Value for Money », mis en avant par le gouvernement, le NAO⁶⁵ et l'« Office of Government Commerce » (voir 2^{ème} partie, section 1, 1-B), structure au sein du Ministère des finances (HM Treasury) chargée depuis 2000 d'assister le gouvernement dans la gestion des achats et propriétés publics.

Il n'existe pas, en revanche, de corpus de règles spécifiques relatives à l'exécution des marchés publics. Le terme « Public Procurement Law » renvoie au seul droit de la passation. Sont alors applicables les règles et principes du droit des contrats, qui trouvent leur source tantôt dans le Common Law et l'Équité tantôt dans le Statute Law, c'est-à-dire la législation. La gestation et le caractère de ces règles et principes se trouvent évidemment à l'origine d'une certaine conception de la technique rédactionnelle des contrats en droit anglais et, dans certains secteurs, tels que celui de la construction, se reflètent dans une tradition de « standardisation » de leur contenu. Les marchés publics portent l'empreinte de cette tradition puisqu'ils font référence soit à des « standard forms » communément utilisés dans le secteur privé soit à des modèles types d'initiative publique qui peuvent être retracés dès le 19^e siècle⁶⁶. Dans la première catégorie appartiennent les « familles » des « standard forms » des contrats de construction élaborés principalement par la Institution of Civil Engineers (ICE), fondation créée en 1818, ou par le Joint Contracts Tribunal (JCT), organisme privé fondé en 1831 et associant par ailleurs des représentants des collectivités locales. Dans la deuxième catégorie figurent la « famille » GC/Works (marchés de travaux)⁶⁷, initialement élaborée par l'ancien ministère des travaux publics et dernièrement (version 1998 et ss.) par les Property Advisers to the Civil Estate (PACE), organisme aujourd'hui absorbé par l'OGC, ainsi que le modèle GC/Stores/1 (1979) (marchés de fournitures) élaboré par plusieurs départements ministériels mais dont seules des variations sont appliquées aujourd'hui en fonction des besoins de chaque ministère⁶⁸. Des modèles types pour les marchés locaux de fournitures et de services ont récemment été mis en ligne par l'OGC. La caractéristique commune à tous les modèles est qu'ils ne sont pas obligatoires pour les acheteurs publics.

⁶² En dehors de nombreux ouvrages (dont ceux des professeurs Arrowsmith et Bovis), une revue spécialisée (PPLR) est publiée depuis 1992.

⁶³ Le Scottish Executive a adopté deux Statutory Instruments séparés applicables aux « devolved administrations » de l'Écosse.

⁶⁴ Voir par ex. section 135 du Local Government Act 1972 imposant aux collectivités locales d'adopter des « standing orders » pour la passation de leurs contrats d'achat (ces « standing orders » se fondant, selon une circulaire ministérielle, sur des « codes de bonne pratique » adoptés par des organismes privés) mais ne sanctionnant pas le non-respect des dispositions ainsi prises; ou les sections 17 et 19 du Local Government Act 1988 proscrivant aux collectivités de prendre en compte des considérations autres que commerciales dans la passation des marchés de travaux et de fournitures, la violation de cette disposition conférant droit à une personne s'estimant lésée d'intenter un recours pour judicial review (Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2005, 2^e éd., p. 1472 et s.).

⁶⁵ Voir en dernier lieu le rapport « Transforming Government Procurement », janvier 2007 (http://www.hm-treasury.gov.uk/media/4EA/89/government_procurement_pu147.pdf)

⁶⁶ Uff, *Construction Law*, 2005, 9^e éd., p. 333 ss.; Wilmot-Smith, *Construction contracts*, 2006, nos 2.01 et ss.

⁶⁷ Il existe près d'une vingtaine de GC/Works selon l'objet et les modalités d'exécution du contrat.

⁶⁸ Pour les achats de la défense, le ministère de la défense et la Defence Procurement Agency (depuis le 1^{er} avril 2007 et suite à la fusion de la DPA avec la Defence Logistics Organisation, le Defence Equipment and Support) appliquent les ainsi dénommés DEFCONS (MOD Defence Conditions)

2.5. Le cas américain

La *Federal Acquisition Regulation* (FAR) définit le droit commun applicable aux départements ministériels et aux agences fédérales. Une réglementation spéciale aux contrats du DoD est définie dans une annexe au FAR, les *Defense Federal Acquisition Regulation Supplements* (DFARs).

La FAR fait des marchés publics des contrats soumis au droit public dans toutes leurs dimensions : passation, exécution, règlement. En matière de contentieux, la compétence en premier ressort est attribuée à des juridictions de nature administrative, les *Boards of Contract Appeals* (BCA), auprès desquels les contractants de l'administration ou des agences fédérales peuvent interjeter appel de décisions de la personne responsable du marché ; l'appel des décisions des BCA s'exerce devant les juridictions fédérales de droit commun (*Court of Federal Claims* et *Court of Appeals for the Federal Circuit*).

A- Passation

Les règles d'acquisition sont définies statutairement ; la FAR définit précisément les conditions dans lesquelles les procédures alternatives sont appropriées. Ces procédures se distribuent en trois types : l'appel d'offres concurrentiel avec remise des offres sous pli cacheté (*sealed bidding*), les procédures de négociation qui doivent être, à l'exception des marchés de la défense, concurrentielles, et des procédures simplifiées soit pour certains biens (*commercial items*) soit pour des prestations inférieures à certains seuils.

La réglementation et la pratique du gouvernement fédéral se sont orientées, depuis une quinzaine d'années, en faveur de la simplification des procédures de passation des contrats, notamment depuis le *Federal Acquisition Streamlining Act* (FASA) de 1994 et du développement du recours à des procédures négociées avec mise en concurrence. Ces dernières supposent néanmoins, de la part de la personne publique, le respect de procédures très strictes dans la conduite des discussions avec les candidats⁶⁹.

B- Exécution et équilibre

L'exécution et l'équilibre sont de droit public, d'où de nettes différences avec le droit privé. On notera l'existence d'un pouvoir de modification unilatérale dans certaines limites. On mettra l'accent sur le régime de résiliation, et sur les constructions jurisprudentielles relatives aux risques.

a- Un régime exorbitant du droit privé

Le régime juridique de l'exécution est défini par la réglementation et affiné par la jurisprudence. Il attribue à la personne publique des pouvoirs exorbitants du droit privé, mais en définit les conditions d'exercice et les conséquences pour le cocontractant. Le pouvoir de modification unilatérale consiste en fait à imposer des prestations au cocontractant qui, si elles ne sont pas prévues expressément au contrat, doivent rester dans la limite de son équilibre, qualifié sous le vocable de *scope of the contrat*. Plus précisément, les concepts d'ajustement équitable (*equitable adjustment*) et de changement radical (*cardinal change*) sont au cœur de l'équilibre du contrat. Nous en définirons le contenu ultérieurement ; pour l'heure, notons que l'ajustement équitable est lié aux prescriptions complémentaires qui restent dans la « portée » du contrat (*scope of the contract*) alors que le changement cardinal l'est à celles qui excèdent cette limite⁷⁰.

En nous en tenant à l'observation des différences entre le droit public et le droit privé, nous pouvons noter que le concept d'ajustement équitable permet la compensation des coûts additionnels et la perception du profit sur la part achevée des travaux, mais exclut la compensation des profits non réalisés (« *unearned profits* »). C'est là une importante différence du droit des contrats publics par rapport au droit privé des contrats puisque la *common law* permet d'intégrer les profits non réalisés parmi les dommages compensables⁷¹.

b- Le cas du régime de résiliation pour convenance du gouvernement

Une autre différence importante concerne le régime de résiliation du contrat. S'agissant de la compensation susceptible d'être obtenue par le cocontractant en cas de résiliation du contrat par la personne publique, l'esprit du décompte de résiliation dans le cadre d'une *résiliation pour convenance du gouvernement* est donné dans l'article 49.201 (a) (« *Termination of Contract* ») de la FAR. Le décompte met à l'actif du titulaire le paiement de la part réalisée des travaux, profit inclus, mais exclut la compensation du profit anticipé non réalisé et des autres préjudices subséquents à la résiliation (49.202 (a)). De ce point de vue, on peut noter

⁶⁹ Tiefer et Shook, op. cité, p. 81 et suivantes.

⁷⁰ Cf. 2ème partie, section 2.

⁷¹ C. Tiefer, W. A. Shook, *Government Contract Law*, Carolina Academic Press, 2nd Edition, 2004, p. 330

une forte similitude des réglementations en vigueur en France et aux Etats-Unis : les *reliance interests* sont privilégiés, plutôt que les *expectation interests*⁷²(voir infra, 2^{ème} partie, section 3).

Section 3 – Des contrats publics en quête de mesure statistique

L'existence d'un appareil statistique public est une condition de la possibilité d'évaluation empirique de la pratique des marchés publics et de leurs caractéristiques. Le recours à des données statistiques appropriées est crucial pour un travail d'évaluation qui procède d'une volonté de comprendre la pratique réelle des personnes publiques en matière de contrats publics.

A cet égard, au niveau de l'U.E., les obligations statistiques des Etats membres sont définies par les deux directives du 31 mars 2004 qui disposent que ces derniers doivent communiquer annuellement à la Commission des statistiques sur les marchés publics en fonction des seuils définis par ces textes⁷³.

1. Des données européennes agrégées

Au niveau communautaire, Eurostat produit des données statistiques publiques relatives aux marchés publics au sein de l'U.E. à 15 depuis l'année 1993. La base de données est fondée sur les informations contenues dans les appels d'offres et les avis de passation de marchés soumis pour publication au Journal officiel.

La base de données « marchés publics » d'Eurostat comprend deux indicateurs :

- la valeur des marchés publics passés selon la procédure ouverte en % du PIB,
- la valeur des marchés publics passés selon la procédure ouverte en % du total des marchés publics⁷⁴.

Les données publiées étant agrégées, elles ne distinguent pas entre les marchés de travaux, de fournitures et de services. De plus, elles ne contiennent aucune information sur les prix des marchés (à prix forfaitaire ou à coûts remboursés) et ne portent que sur les seuls marchés passés dans le cadre des procédures ouvertes. Dans ces conditions, les marchés passés dans le cadre d'autres procédures (restreinte, dialogue compétitif, procédure négociée, accords cadres, système d'acquisition dynamique) ne sont pas saisis statistiquement.

2. L'approfondissement de la saisie statistique des achats publics en France

Le cas de la France a ceci de particulier, dans l'U.E., d'être dotée d'un dispositif public de saisie statistique des marchés et de leurs avenants au titre d'une disposition expresse du Code des marchés publics relative à une procédure de recensement économique des marchés (2.1.).

L'absence d'appareil statistique public de la justice administrative, qui différencie cette dernière de la justice judiciaire pour laquelle il existe un système statistique public, compromet les possibilités d'estimation de la part du contentieux dans la vie des contrats publics (2.2.).

2.1. Le recensement économique des marchés

Une procédure de recensement économique des marchés est prévue, de longue date, par le Code des marchés publics. Cette procédure, obligatoire pour les contrats d'un montant supérieur à 90 000 € HT, alimente le système statistique des marchés publics, élargi depuis le Code de 2006 à l'ensemble des formes juridiques de l'achat public, et administré par le ministère de l'économie et des finances. Le nouveau Code des marchés publics (décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006) a institué un observatoire économique de l'achat public désormais chargé du recensement des marchés et d'autres contrats publics. La réglementation désormais en vigueur (Code, décret n° 2006-1071 du 28 août 2006, arrêté ministériel du 11 décembre 2006) a élargi le périmètre des contrats publics soumis à la procédure de recensement par rapport à la réglementation antérieure. En effet, l'obligation de communication par le pouvoir adjudicateur des fiches statistiques concerne « les contrats passés par des personnes publiques agissant en tant qu'entités adjudicatrices conformément au code des marchés publics ainsi que les personnes publiques ou privées

⁷² T. Kirat, L'exorbitance du droit du contrat administratif. Une perspective d'analyse économique, in F. Melleray (dir.), L'exorbitance du droit administratif en question(s), Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de l'Université de Poitiers – L.G.D.J., 2004.

⁷³ L'obligation de communication des données statistiques à la Commission est posée dans l'article 75 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et dans l'article 67 de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et de services postaux.

⁷⁴ au sens de la directive 2004/18/CE, "Les « procédures ouvertes » sont les procédures dans lesquelles tout opérateur économique intéressé peut présenter une offre."

soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics »⁷⁵ ; mais, surtout, la procédure de recensement touche désormais les contrats de partenariat passés dans le cadre de l'ordonnance 2004-559 du 17 juin 2004 ou des lois n° 2003-239 du 18 mars 2003 (loi pour la sécurité intérieure) et n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 (loi d'orientation et de programmation pour la justice).

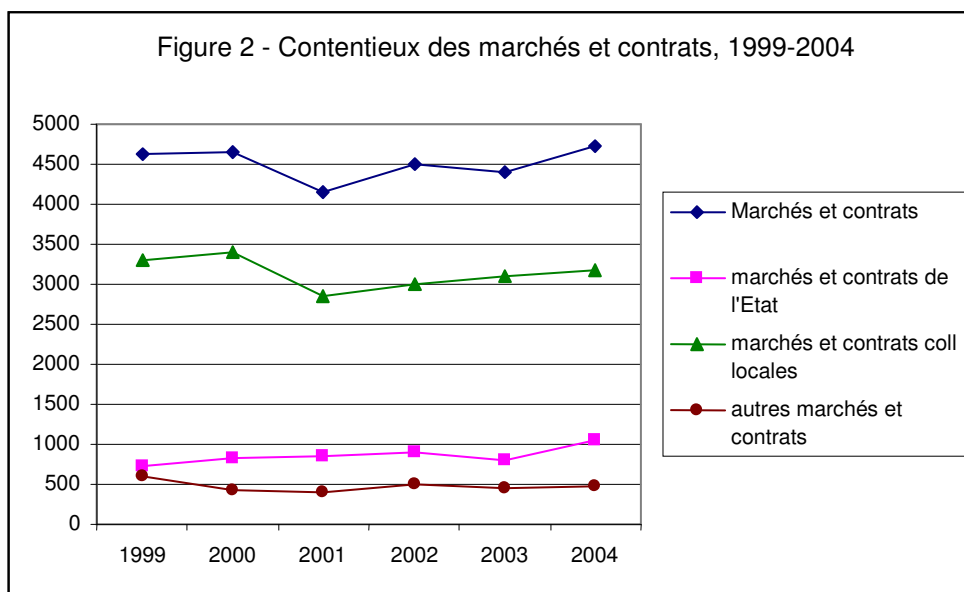
La fiche statistique utilisée par l'observatoire de l'achat public permet de recueillir un certain nombre de données dont on peut souligner l'utilité pour l'étude des marchés publics et autres contrats publics :

- le mode d'exécution du contrat (ordinaire, à tranches et bons de commande, à bons de commande, à phases, à tranches)
- la nature de l'acte juridique (contrat initial, contrat complémentaire, contrat sur la base d'un accord-cadre, marché de définition)
- le cas échéant, l'effet financier d'un avenant au contrat initial (sans incidence financière, augmentant ou diminuant le montant initial),
- la procédure de passation utilisée,
- le montant HT du contrat ou de l'avenant,
- la durée du contrat,
- la forme des prix (fermes, fermes actualisables, révisables)
- le numéro SIRET de l'acheteur public et du titulaire (ou du mandataire).

2.2. Intérêt et nécessité de la mesure du contentieux du contrat devant les juridictions administratives

Les rapports annuels du Conseil d'Etat rendent compte de manière très globale de l'activité des juridictions administratives ; il est certainement regrettable que la France ne se soit pas dotée d'un système statistique de la justice administrative, à l'instar de celui de la justice judiciaire qui donne lieu à la publication annuelle d'un annuaire statistique et à la possibilité d'accès aux données accordée aux personnes intéressées.

Cependant, une étude en cours de réalisation confiée par la Mission de recherche Droit et Justice à une équipe du CESDIP⁷⁶ apporte une contribution d'importance à la saisie quantitative de la structure et de l'évolution du contentieux administratif. Les données recueillies sur la rubrique « Marchés et contrats » de la nomenclature Skipper portent sur la période 1999-2004. Elles se décomposent en quatre sous-rubriques : réglementation des marchés et contrats administratifs, marchés de l'Etat, marchés des collectivités locales, autres marchés et contrats.



Source : Barré, Aubusson de Carvalay, Zimolag, mars 2006.

⁷⁵ Minefi, *Guide du recensement des achats publics*, p. 3 ;

⁷⁶ M.-D. Barré, B. Aubusson de Carvalay, M. Zimolag, *Dynamique du contentieux administratif. Analyse statistique de la demande enregistrée par les tribunaux administratifs (1999-2004). Etude exploratoire*. Note de synthèse (CESDIP/CNRS/Ministère de la justice), mars 2006

Les données relatives à l'activité des tribunaux administratifs en matière de marchés et contrats montrent un accroissement très faible des affaires contentieuses entre 1999 et 2004, mais également une fluctuation marquée entre les années, pour l'ensemble des marchés et contrats. Ce sont les marchés et contrats des collectivités locales qui suscitent le plus de contentieux, mais en évolution ceux de l'Etat voient un accroissement très sensible sur la période.

Les données recueillies par Barré, Aubusson de Carvalay et Zimolag (2006) offrent une vue plus fine qu'indiqué dans le graphique précédent, puisque les postes sont désagrégés au niveau de la matière contentieuse : formation, exécution, fin et divers. Pour les marchés et contrats de l'Etat et des collectivités locales, c'est avant tout l'exécution et, plus accessoirement, la fin des contrats qui suscitent le plus de contentieux :

- pour les marchés et contrats de l'Etat : 724 affaires relatives à l'exécution en 1999, 1062 en 2004, soit un rapport d'accroissement de 90%,
- pour les marchés et contrats des collectivités locales : 673 affaires relatives à l'exécution en 1999, 934 en 2004, soit un rapport d'accroissement de 69%.

Il est impossible de tirer des conclusions plus générales sur une éventuelle tendance structurelle à l'accroissement du contentieux de l'exécution des marchés et contrats publics, compte tenu de la brièveté de la période pour laquelle les données sont disponibles.

Conclusion de la 1^{ère} partie

La principale conclusion à laquelle nous parvenons est que toute évaluation comparative du droit du contrat public suppose que des choix d'objet, de niveau et de méthode d'évaluation soient faits. Aucune évaluation ne saurait donner une image globale, complète et exhaustive de l'efficacité de la réglementation des achats publics. De plus, tout choix d'évaluation doit être apprécié au regard des aspects du sujet laissés dans l'ombre ou sous pondérés. La problématique des choix d'évaluation se résume, en définitive, à celle d'arbitrages que l'analyste est conduit à réaliser. Nous pouvons en recenser plusieurs.

- a) *Classements internationaux ou analyses de droit comparé* : si la technique des indicateurs permet de mesurer et de comparer, dans une échelle commune, le formalisme et la durée des activités bureaucratiques ou administratives liées à la réglementation, c'est au prix d'une appréhension des règles en vigueur qui risque d'être superficielle voire trompeuse. A l'inverse, une méthode de droit comparé ou de jurisprudence comparative peut satisfaire les besoins de profondeur des analyses et permettre la mise en évidence des équivalents fonctionnels dans un cadre de référence marqué par la diversité des systèmes réglementaires, mais elle ne prête pas à des classements. Une approche et une méthode de droit comparé offre cependant la possibilité de rendre compte de jugements évaluatifs portés par les acteurs, dans leur diversité, sur les performances de la réglementation et des pratiques qu'elles autorisent. La compréhension de la mise en œuvre de la réglementation est alors en jeu.
- b) *Evaluation des normes ou évaluation de la pratique du droit* : l'évaluation peut en effet porter soit sur les normes de droit positif (la « réglementation en vigueur »), soit sur la mise en œuvre des dispositifs, légaux ou de nature administrative (voire sans force légale du type « *guidance* ») ; .
- c) *Référence à un modèle théorique ou évaluation endogène de l'efficacité opérationnelle* : en la matière, les jugements d'évaluation peuvent soit être formulés à partir de la confrontation des prédictions des modèles théoriques et des réalités empiriques, soit être émis par les acteurs de l'achat public, riches de leur expérience des contrats publics. Dans le premier cas, il s'agit de mettre en rapport les réalités empiriques et des modèles théoriques de contractualisation construits dans une optique d'efficacité allocative. Ces modèles prennent *de facto* la valeur de modèles normatifs. Dans le deuxième cas, l'efficacité est appréciée en termes opérationnels par les acteurs ; cette dernière pourrait être considérée sous l'angle allocatif.
- d) *Données qualitatives ou données quantitatives* : le choix des données susceptibles d'aider à approcher le niveau de « performance » de la réglementation des achats publics est une importante question. Le recours à des données qualitatives présente l'avantage d'exprimer les caractéristiques procédurales et substantielles de la réglementation dans un plan et une échelle homogènes ; l'inconvénient majeur est, comme nous l'avons vu, réside dans les limites des informations contenues dans des indicateurs qualitatifs. Quant au recours à des données quantitatives, il pourrait permettre d'estimer des taux de « litigiosité » des contrats publics, si les données statistiques disponibles s'y prêtent. Par contre, les comparaisons internationales devraient impérativement tenir compte du

contexte procédural en vigueur et des modes de règlement non juridictionnels des différends contractuels.

- e) *Réglementation au sens large ou réglementation formalisée* : le cadre d'analyse est dans le premier cas plus étendu que dans le deuxième, dans la mesure où il comprend des dispositifs non contraignants, sans force légale, constitutifs de ce que l'on pourrait qualifier de « droit mou ». Une évaluation comparative doit nécessairement tenir compte des équivalents fonctionnels.

2^{ème} partie – L'équilibre du contrat et le droit du contrat : des pratiques en quête d'évaluation

Il faut maintenant essayer d'approcher au plus près la réglementation « en action », c'est-à-dire la mise en œuvre du droit du contrat et des dispositifs par lesquels les pouvoirs publics, les cocontractants, les juges du contrat agissent sur l'ajustement du contrat aux aléas rencontrés dans son exécution, sur le rétablissement de son équilibre. Comme précédemment, les cas de référence sont principalement ceux des marchés de travaux.

Cette partie présente successivement les principaux résultats d'une enquête réalisée auprès d'experts et institutions supérieures de contrôle dans les cinq pays (Section 1), les mécanismes juridiques notamment jurisprudentiels par lesquels l'équilibre du contrat est assuré (Section 2), et enfin les principales conclusions d'une analyse comparée du contentieux des contrats publics en France et aux Etats-Unis (Section 3). L'objectif est de clarifier les moyens et les mécanismes de l'équilibre par trois voies qui permettent de décrire les pratiques des contrats: les avis des experts et des Cours des comptes, la jurisprudence, le contentieux comparé, ce qui permet d'affirmer que ce sont plus ces pratiques que les normes qu'il est utile d'évaluer de façon comparative.

Section 1 – Les évaluations par les experts

La question majeure de l'évaluation est de savoir si le droit et les pratiques en matière de contrats publics sont « efficaces », c'est-à-dire en l'espèce assurent un équilibre du contrat tel que l'autorité publique obtienne le meilleur rapport avantages-coûts, sans aboutir à un déséquilibre au détriment du cocontractant qui serait de nature à générer des incidents d'exécution, des contentieux et des raréfactions ultérieures des soumissions, susceptibles de détériorer ce rapport.

Pour disposer d'une réponse la plus objective possible, la méthode retenue a consisté à adresser à des experts un questionnaire comportant 45 questions couvrant tous les domaines essentiels par lesquels on peut tester l'efficacité du droit et des pratiques. Elles ont été regroupées en 19 rubriques, elles-mêmes regroupées en cinq parties consacrées respectivement à « La préparation du contrat », (Appui à la préparation, Prix, coûts et marges, Prévision des risques), « La passation du contrat » (Transparence, Délais), « L'exécution du contrats » (Pouvoirs de modification unilatérale, Imprévision et charges extracontractuelles, Sujétions imprévues, Force majeure, Pénalités), « Le financement du contrat » (Avances forfaitaires, Avances facultatives, Versements aux sous-traitants, Acomptes, Cession, Nantissement), « Le règlement du contrat » (Décomptes, Garanties contractuelles, Garanties réglementaires, Intérêts moratoires). Chacune des questions devait faire l'objet d'une notation échelonnée de 1 (correspondant à la réponse la moins favorable) à 4 (correspondant à la réponse la plus favorable). Ces notations pouvaient jouer deux rôles, soit constituer en soi une réponse, soit révéler une situation ou un problème qui appelle des commentaires permettant la réponse.

Il convient de souligner d'abord les deux difficultés qui ont été rencontrées pour évaluer l'efficacité du droit et des pratiques en matière de contrats publics.

La première est celle du faible taux de réponse des spécialistes auxquels a été adressé le questionnaire, susceptible de rendre son exploitation non significative. Elle a pu être surmontée par la suite grâce à la décision du Premier président de la Cour des comptes française d'apporter la contribution de la Cour et de demander aux autres « Institutions suprêmes de contrôle » (« ISC ») concernées leur propre contribution. Ces contributions avaient un grand mérite, celui de la solidité de réponses d'organismes hautement compétents et indépendants, et disposant de sources objectives permettant de surmonter plus ou moins les défauts des méthodes d'évaluation reposant sur des indicateurs (voir Section 1 2). Toutefois elles nécessitaient d'être affinées par un dialogue de caractère professionnel qui a donné d'importants résultats mais qui ne pouvait être achevé dans les délais restants, malgré de nombreux courriels et un déplacement à

Londres. D'ultimes réponses à des demandes de commentaires indispensables sur certains points sont encore attendues de deux pays.

La deuxième difficulté résulte de ce que l'étude s'est déroulée dans une période marquée par d'importantes évolutions en matière de contrats publics dans les quatre pays européens qu'elle inclut. Ces évolutions sont d'abord l'intervention des directives européennes sur les contrats publics du 31 mars 2004, qui n'étaient pas encore transposées dans ces pays à la date d'élaboration du questionnaire. Il en est résulté que certaines questions ont dû être reformulées, telle la question 21 qui se basait sur l'approche traditionnelle des délais de passation des marchés publics, orientée vers leur raccourcissement, alors que la nouvelle réglementation d'origine européenne oblige à observer des délais minimaux entre appels d'offres et date limite de réception des offres.

D'autres évolutions découlent de la volonté de certains Etats d'améliorer les conditions de passation et d'exécution des marchés. Certaines déficiences ont fait l'objet de réformes, parfois très récentes, mais assez importantes pour obliger à remplacer certaines notations par des notations plus favorables, par exemple en France en ce qui concerne les cahiers de clauses générales, la formation des acheteurs publics ou l'information statistique et économique sur les achats publics.

Une première partie sera consacrée au problème central que le processus d'évaluation a permis de mettre en évidence, qui est le rôle décisif des dispositifs d'encadrement des achats publics pour l'efficacité économique de ces achats. Une deuxième partie sera consacrée à divers autres aspects comparatifs du droit et de la pratique des marchés, appréciés de ce même point de vue de l'efficacité économique.

1. Le dispositif d'encadrement des achats publics

L'importance des commandes publiques, leur poids dans les budgets nationaux, leurs effets sur l'économie en général et sur les firmes (voir Section 1, 1), le recours accru à des sources de prestations extérieures à l'administration (« outsourcing ») ont conduit à faire de la fonction « achat » des administrations une fonction éminente consistant à fournir à une autorité administrative, aux meilleures conditions, des moyens essentiels à l'exercice de ses responsabilités. Les acheteurs publics ont cessé d'être des agents plus ou moins subordonnés chargés de procurer une chose ou un service en se conformant à des normes de régularité, pour devenir des agents en charge d'une fonction économique majeure. Il a fallu dès lors renforcer partout considérablement les dispositifs d'encadrement des achats publics, le mot encadrement étant pris au sens le plus large de tout texte, de toute mesure ou de tout organisme permettant des achats publics plus efficaces, c'est-à-dire en l'espèce obtenant le « meilleur rapport avantages-coûts ». Il est hautement significatif que les notes données en réponse aux questions posées et les commentaires obtenus par la suite donnent une place tout à fait primordiale à ces dispositifs, qui correspondent aux questions de la Première partie du questionnaire « Préparation du contrat ».

Cette place primordiale donne une unité aux réponses, au-delà du clivage entre pays de droit romaniste et pays de common law. C'est une autre distinction majeure qui doit être faite, en fonction de l'accent mis sur les différents moyens d'aboutir au « meilleur rapport avantages-coûts ». Même si elle n'est pas sans liens avec le clivage précité, elle le dépasse d'autant plus que la distinction entre droits romanistes et droits de common law est beaucoup moins nette en matière de contrats publics que dans d'autres domaines du droit, le recours par exemple à des tribunaux à caractère soit administratif soit judiciaire ne correspondant pas en la matière à la distinction classique entre les pays appartenant à ces deux traditions juridiques.

Une première solution, représentée par l'Espagne et par la France, compte d'abord sur un très fort encadrement centralisé des marchés publics, soumis par ailleurs à un régime de droit public, pour obtenir la meilleure efficacité économique du droit. Une deuxième solution, représentée par le Royaume Uni, est marquée par le recours à des critères financiers de rapport avantages-coûts (« value for money »), qui dicteraient les choix juridiques, laissés par ailleurs sous l'emprise du droit privé. Entre les deux, certains pays recourent à des solutions moins caractérisées : les Etats-Unis, bien que de common law, appliquent le droit administratif aux marchés publics et ont un important encadrement juridique, l'Allemagne, bien que de droit romaniste, conserve un contentieux principalement de droit commun. Dans les pays de l'Union européenne, et même au-delà, un droit public européen des marchés tend à consacrer une solution de type plutôt romaniste, mais fondée sur des préoccupations d'efficacité économique qui permettent de le recevoir dans des pays des deux traditions, romaniste et de common law.

1.1. L'encadrement par les textes, condition préalable de l'efficacité économique, en Espagne et en France

En Espagne et en France, l'élaboration de textes présentant deux caractères, unité et universalité, est considérée comme une sorte de préalable à l'efficacité économique, dans la mesure où l'on y estime qu'elle est conditionnée par la mise à la disposition des acheteurs publics et des firmes privées de textes, assortis de conseils, uniques et universels,

- où sont regroupées toutes les règles, ou du moins le plus possible de règles (unité)
- et applicables à tous les achats, quelles que soient leurs formes juridiques et surtout quelle que soit l'entité acheteuse (administrations ministérielles, « agences » ou établissements publics disposant d'une plus ou moins grande autonomie, et même collectivités territoriales et leurs propres « agences » ou établissements publics (universalité).

Le but de cet encadrement est de fournir aux acheteurs publics et aux firmes des normes communes et bien assimilées par tous les intervenants, ce qui permet d'éviter les risques d'irrégularités, mais favorise directement l'obtention du meilleur rapport avantages-coûts,

- au moment de la préparation du contrat, d'abord en réduisant les coûts administratifs de cette préparation, ensuite en facilitant le choix de la modalité d'achat la plus adaptée pour sélectionner le meilleur fournisseur, enfin en orientant vers le choix des clauses les plus favorables, notamment sur le plan financier, qui permettront d'obtenir les meilleures conditions,
- lors de l'exécution, en sécurisant les relations des fournisseurs avec les administrations, ce qui a des effets favorables sur les offres.

Dans cette perspective, les irrégularités elles-mêmes sont regardées non seulement comme des fautes dont l'administration doit se préserver, mais comme créant des risques de perte économique, telles une violation des règles de passation qui ne permet pas d'obtenir le meilleur prix, ou un non-respect des règles de calcul des sommes dues qui accroît les dépenses relatives à un marché. On peut en trouver une démonstration dans le cas d'école des considérables reversements de trop payés obtenus grâce à l'enquête de la Cour des comptes française sur les marchés de travaux de la liaison ferroviaire dite TGV Nord.

Cette conception d'un fort encadrement général des marchés entraîne l'existence de textes généraux de niveau législatif et réglementaire, ainsi que de directives que l'on peut apparenter tantôt à des instructions hiérarchiques, tantôt à des conseils.

En Espagne les marchés publics étant du domaine législatif, ce sont des lois qui les ont réglementés, et en dernier lieu un « décret législatif » du 16 juin 2000 sur les contrats des administrations publiques, qui en a codifié les règles et qui fait l'objet de mises à jour. Le souci d'universalité a conduit dans ce cas à traiter dans ce texte non seulement des marchés publics proprement dits, mais de la généralité des contrats publics : marchés d'achat de travaux, biens et services, et aussi contrats de délégations de service public, contrats de partenariat public-privé et concessions de domaine public.

Le livre 1 indique notamment les conditions à respecter pour contracter avec l'administration, les garanties exigées, les règles de forme, les prérogatives des administrations, les diverses procédures de passation, la forme de la notification, les règles applicables à la modification des contrats, aux révisions des prix, à la fin des contrats, aux cessions de contrats et aux sous-traitances. Le livre 2 est consacré à chacun des divers types de marchés administratifs: contrats de travaux (y compris de concessions de domaine public), contrats de fournitures (avec des développements sur les groupements d'achats, les contrats de techniques de l'information et les fabrications par l'administration elle-même), contrats de services et autres contrats (de gestion de services publics et de concession d'ouvrages publics).

Le décret législatif précité crée un Comité consultatif des marchés publics, qui prépare ses mises à jour, et les complète de directives, de conseils ainsi que de cahiers des clauses administratives générales et de cahiers de prescriptions techniques, régulièrement révisés. Le ministère de l'administration publique et chaque ministère pour ses propres services interviennent aussi. L'ensemble de ce dispositif est jugé satisfaisant par le Tribunal de cuentas, proche équivalent de la Cour des comptes française.

En France la matière des marchés publics est du niveau réglementaire, sauf quand une disposition législative est constitutionnellement nécessaire, telles celles de la loi du 29 janvier 1993 sur la transparence des procédures publiques et de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les partenariats public-privé. Toutes les dispositions réglementaires sont regroupées dans un « Code des marchés publics » (le dernier a fait l'objet d'un décret du 1^{er} août 2006), sauf renvoi à quelques textes spécialisés. Ces dispositions sont valables pour

la totalité des administrations de l'Etat, mais aussi pour tous les établissements publics administratifs autonomes de l'Etat, et aussi pour les collectivités territoriales, les groupements de ces collectivités et tous leurs établissements publics. Si, à la différence de l'Espagne, le Code ne concerne que les « marchés publics » proprement dits, il est à noter que les contrats de partenariat public-privé font l'objet en France de textes propres mais également d'application générale, notamment l'ordonnance précitée de 2004 dont l'application est facilitée par le recours à un organisme administratif spécial unique dit « mission d'appui ».

Le Code des marchés publics ayant déjà fait plus haut l'objet d'une analyse Partie 1 Section 2-1, il suffit ici de souligner qu'il est à la fois un corpus de règles à observer et dans une large mesure ce que les britanniques appellent un « Procurement tool-kit » (boîte à outils pour les achats) permettant les meilleurs choix de procédures et de clauses susceptibles d'optimiser l'efficacité économique de l'achat public. Ainsi par exemple le Code et les guides ou aides qui l'accompagnent (voir ci-après) ne se contentent pas d'énumérer les règles des diverses procédures de passation ou des solutions à des problèmes d'exécution, ils précisent pour quelles raisons il faut les retenir ou non, et dans quelles conditions optimales. Bien des articles du Code sont même au moins autant des normes de gestion que des normes juridiques, tel l'article 5 sur la « Détermination des besoins à satisfaire » ou l'article 6 sur le recours à des « Spécifications techniques » qui font l'objet d'une particulière insistance en vue d'une définition simplifiée et claire des commandes, ce qui est un atout pour l'abaissement des coûts et la bonne adaptation de l'achat aux besoins. Contrairement à la distinction dépassée entre les normes de régularité et les normes de bonne gestion, le Code et ses documents d'application illustrent parfaitement l'idée que le choix d'une solution est un choix d'efficacité que facilite un corpus de textes, qui par ailleurs en assure la régularité, alors qu'en outre les irrégularités créent des risques de perte économique, en même temps qu'elles sont des fautes juridiques.

Le Code est accompagné d'un « Guide d'application » qui a la valeur d'une Instruction interministérielle, publié le 3 août 2006 aussitôt après le Code, et qui est en réalité principalement consacré à des règles de gestion visant à l'optimalité économique. Il suffit d'en lire quelques uns de ses titres : « Comment l'acheteur doit-il déterminer ses besoins ? », « Quelle forme de marché adopter ? », en fonction de leur adaptation aux besoins, « Comment faire connaître ses besoins aux candidats potentiels ? », qui comporte de longs développements par exemple sur les formes de publicité, « Comment contribuer à la bonne exécution » par exemple par la sous-traitance et par des modalités financières adaptées.

Par ailleurs sont publiés des « Cahiers des clauses administratives générales ». Un fort retard avait été pris pour leur mise à jour, mais ils font désormais l'objet d'une procédure de préparation sous la responsabilité de la direction des affaires juridiques du ministère des finances, suivie d'une consultation générale sur Internet avant un arrêté du ministre des finances qui les rend applicables par simple référence dans les contrats, tout en laissant la possibilité d'adaptations propres à certains marchés. Ces cahiers, qui mentionnent toutes les clauses contractuelles communes à chacune des grandes catégories de commandes publiques, se présentent comme des compléments, avalisés par le ministre des finances, du Code des marchés, dans la mesure où ils détaillent par exemple les définitions, les formes procédurales, les fondements des acomptes (avancement du marché, approvisionnements et acquisitions préalables), les justifications à produire, les modalités de sous-traitance, le régime des pénalités et des primes, les droits de surveillance et de vérification de l'administration, les conditions de résiliation unilatérale, y compris des formules-type d'indemnisation, la présentation des décomptes, etc...) Des « Cahiers des clauses techniques générales » sont de la même façon préparés et publiés par des groupes de travail. Les ministères et établissements complètent ces textes par des guides et formulaires, tels ceux du ministère de l'équipement en matière de marchés « à procédure adaptée ».

Les textes prévoient et réglementent aussi non seulement les mécanismes contentieux, notamment le « référé précontractuel » devant un président de tribunal administratif, dont la rapidité de décision (10 jours) a apporté un progrès décisif en matière de régularité des procédures de passation des marchés, ainsi que les procédures tendant à éviter les contentieux, en préconisant et en détaillant les mécanismes de transaction et ceux de règlement amiable par des comités nationaux et régionaux organisés réglementairement.

L'encadrement par les textes est complété par un encadrement d'organismes et de mécanismes d'aide et de conseil, notamment l'appel par tout acheteur public national ou local à des centres d'information par téléphone, télécopie et Internet et la possibilité de demander sur un projet de marché un avis, qui peut porter sur tous ses aspects juridiques comme économiques, à la Commission des marchés publics de l'Etat, outre l'obligation de le demander pour les marchés supérieurs à 6 millions d'€.

Les formations d'agents publics au métier d'acheteur sont de plus en plus fréquemment organisées par les ministères et les collectivités, car elles étaient souvent insuffisantes, du moins sous l'angle des connaissances économiques. Ainsi par exemple au ministère de l'équipement les formations offertes en 2007 dans les dix centres interrégionaux concernent tous les acheteurs publics de ce ministère, avec le souci particulier d'une formation économique à l'achat public (connaissance des entreprises, présence dans les salons professionnels, veille technologique, marges de négociation, choix des supports de publicité...).

Pour disposer et fournir de meilleures informations économiques, lacunaires jusqu'à récemment, un Observatoire économique des achats publics a été créé, à la fois pour réunir en permanence toutes les données sur les marchés publics et repérer les difficultés pour lesquelles des groupes de travail créés en son sein doivent proposer des solutions juridiques ou techniques satisfaisantes. Une étude est en cours au ministère des l'économie et des finances pour que ces données, actuellement recueillies par une procédure parallèle à celle des dépenses, soient saisies automatiquement avec les données comptables de l'exécution budgétaire et ajoutées au processus général de centralisation de ces données.

Si l'ensemble de cet encadrement évite certainement beaucoup d'erreurs, il économise aussi une forte partie des coûts administratifs de préparation, de passation et d'exécution des marchés, partie eux-mêmes des « coûts de transaction » qu'une étude américaine citée en Note 20 estime pouvoir atteindre 10% des coûts dans le cas des marchés complexes. A ce titre, cet encadrement serait à mettre en tant que tel à l'actif de toute étude « avantages-coûts ». Ces raisons expliquent que bien des dispositions du code des marchés publics sont adoptées par certaines entreprises du secteur public qui n'y sont pas juridiquement soumises, telle la Régie autonome des transports parisiens, et servent de référence dans de grandes entreprises privées.

Plusieurs aspects de l'encadrement des marchés publics précités présentaient en France, jusque dans le courant de 2006, d'importants défauts, notamment instabilité du droit des marchés, vieillissement des cahiers de clauses générales, insuffisances de formation et des moyens de pilotage centraux. Un considérable ensemble de mesures a changé la situation : nouveau Code, Guide d'application, nouveaux Cahiers des conditions générales, dispositifs d'aide et de conseil, mesures de formation des agents, Observatoire économique des achats publics, etc... Compte tenu de ces mesures, un jugement globalement positif est désormais retenu sur l'ensemble de ce dispositif d'encadrement par la réponse de la Cour des comptes française.

Elle souligne en outre que ce dispositif est renforcé par une réglementation budgétaire et comptable stricte et uniforme qui assure un haut degré de sécurité financière pour les entreprises contractantes, ce qui n'est pas sans effet sur leurs prix, qu'il s'agisse de l'Etat, de ses établissements autonomes, ou des collectivités territoriales et de leurs propres établissements autonomes, dans la mesure où il évite les anomalies budgétaires (mauvaises imputations, insuffisances de crédits...) et comptables (erreurs sur les montants des paiements, sur le créancier réel...), depuis la passation jusqu'au dernier paiement. Cette réglementation inclut l'existence au niveau de l'Etat de contrôleurs budgétaires et comptables dépendant du ministre des finances qui peuvent bloquer dans chaque ministère un engagement de dépense, par exemple dès la décision de passer un marché, si les crédits ne sont pas suffisants ou si l'imputation n'est pas correcte. Et surtout, dans toutes les administrations nationales et locales, des comptables publics dépendant du ministère des finances vérifient avant de payer la régularité des paiements au vu du texte des marchés et des justifications que les administrateurs produisent à l'appui des demandes de paiement, sous leur responsabilité financière personnelle, qu'apprécient les « juridictions financières », la Cour des comptes et les Chambres régionales des comptes, par des « arrêts » à caractère juridictionnel sur les comptes qu'ils leur produisent. Enfin la Cour et ces chambres effectuent des contrôles individuels de marchés, à partir des pièces produites à l'appui des comptes des comptables ou le plus souvent sur place, sur les dossiers mêmes des marchés des administrations.

Si la Cour fait peu d'observations sur les marchés de l'Etat, les chambres régionales en font beaucoup sur les marchés des collectivités territoriales. Elles portent notamment sur des consultations insuffisamment ouvertes, des erreurs de liquidation, des cas encore nombreux de travaux supplémentaires engagés ou acceptés de façon contestable, parfois à l'issue de procédures de transaction, car l'idée de « contrats à remboursements de coûts » que développe la doctrine, non sans arguments (voir ci-dessus Partie 1.2 B) reste souvent suspecte, dans l'état actuel de rapports de forces et de compétences entre certaines administrations, notamment locales, et leurs co-contractants. Ces observations permettent de redresser des irrégularités et incitent surtout à des pratiques ultérieures plus économes. Les juridictions financières estiment donc compter parmi les acteurs du rapport avantages-coûts.

1.2. La recherche du meilleur rapport avantages-coûts, « Value for Money » au Royaume-Uni

La conception précédemment décrite d'unité et d'universalité des textes, et d'organisation centralisée de leur application, n'est pas celle en vigueur au Royaume Uni, qui recherche par une autre voie, celle dite « value for money », le meilleur rapport avantages-coûts.

Dans ce pays, les réglementations étatiques s'appliquent à l'Angleterre et au Pays de Galles, mais non à l'Ecosse et à l'Irlande du nord, et elles coexistent avec des réglementations propres aux ministères et aux « agences » de l'Etat, ainsi qu'avec les réglementations des diverses collectivités territoriales. Il est souvent recouru à des modèles-types, qui peuvent être issus d'initiatives privées, mais les réglementations publiques communes ne vont guère au-delà des transpositions en droit britannique des directives européennes, et encore sauf exception pour les contrats de montants supérieurs aux seuils européens (voir Section 2 2-4). Il existe toutefois un organisme, l'Office du commerce du Gouvernement (Office of Government Commerce – OGC-), service du ministère des finances créé en 2000 pour faciliter la politique des achats publics, qui prépare la transposition des directives européennes et qui peut édicter des directives et des guides applicables aux diverses administrations.

Plus généralement une certaine unité découle au Royaume-Uni, en matière d'achats publics, de la recherche du « meilleur rapport avantages-coûts » qui, sous le nom de « value for money », fait l'objet d'une véritable doctrine et d'un ensemble d'interventions, et qui constitue l'une des deux grandes attributions confiées au National Audit office (NAO, équivalent, quoique avec des caractéristiques très différentes, de la Cour des comptes française) par la loi de 1983 qui l'a créé sous sa forme actuelle.

Cette doctrine s'impose au NAO, qui partage ses moyens entre les audits de « value for money » et la certification des comptes publics, ainsi qu'aux ministères et agences de l'Etat, et en particulier les services du ministère des finances « Treasury », qui en soutient particulièrement l'application, notamment grâce à l'OGC. Elle repose elle-même sur les trois notions classiques : économie (minimiser les coûts), efficacité (accroître le rapport résultats-ressources), efficacité (accroître le rapport résultats-objectifs). Les documents et les précisions orales fournis par la NAO et l'OGC évaluent les économies obtenues par l'application des principes de « value for money » à 3,6% de la valeur des marchés publics sur trois ans (1,6 milliard de £ soit environ 2,4 milliards d'euros).

Ces mêmes informations précisent comment les administrations se sont mises en situation d'obtenir ces résultats :

- disposition d'une expertise en matière d'achat public dès le début d'une procédure d'achat, y compris la connaissance des marchés et le niveau de concurrence que l'on peut raisonnablement en attendre,
- comparaison permanente des coûts avec les prix du marché, spécialement dans le cas des transactions portant sur des fournitures « petites valeurs-gros volumes »,
- réunion de toutes informations sur l'ensemble des coûts associés durant toute la vie des produits ou travaux,
- stratégie d'achat recourant à diverses options : groupements d'achats, achats par voie électronique, recours à la « carte gouvernementale d'achat », négociation des marchés, « partenariats » à long terme, en ne comptant pas seulement sur les effets de la mise en concurrence,
- meilleure rédaction des projets de contrats, tenant compte de l'état du marché pertinent, évitant d'être trop prescriptif ou trop fermé à l'innovation,
- information aux candidats non retenus sur les motifs de rejet de leur offre,
- création et mise à jour de bases de données sur les fournisseurs, afin notamment d'éviter de compter sur un trop petit nombre de fournisseurs ou d'ignorer les changements des conditions du marché, y compris l'émergence de petites et moyennes entreprises.

L'OGC et le NAO contribuent particulièrement à ces évolutions. L'OGC formule des conseils (OGC Consultancy) et a créé la centrale d'achats « OGC buying solutions » (OGC solutions d'achat)(voir plus loin).

Le NAO a consacré au thème «value for money » en matière d'achats publics plusieurs rapports, notamment en 2004 un rapport d'ensemble « Improving procurement », et depuis lors plusieurs rapports spécialisés sur les marchés aussi divers que ceux de construction, de techniques d'information, de denrées alimentaires, de services postaux, etc.... Il a établi un « Procurement Toolkit » (« boîte à outils pour les achats ») dans lequel ses auditeurs peuvent puiser des idées pour évaluer la capacité des organismes publics à mieux acheter. Le NAO ne se borne pas à des critiques, mais diffuse des études de cas exemplaires et des règles de

bonne pratique. Un résumé que le NAO a bien voulu établir à l'intention du rédacteur de ces lignes mentionne de façon particulièrement parlante les résultats d'enquêtes comparatives mettant en lumière les gains à attendre d'une meilleure information ou de groupements d'achats, en citant notamment des cas tels que ceux de papier standard A4 ou de réservoirs d'encre des imprimantes, où les prix payés par les diverses administrations enquêtées vont de 1 à plus du double.

En ce qui concerne la disposition de l'expertise nécessaire, l'OGC et le NAO soulignent que « les responsables des achats publics doivent posséder les compétences professionnelles appropriées », pour comprendre les stratégies de prix et les mécanismes de marché, et acquérir la capacité de négocier, ce qui a orienté le Royaume Uni vers le recrutement de professionnels spécialisés dans la fonction d'achat. Ainsi a été créé en 1999 un Government Procurement Service pour y inclure 1500 responsables d'achat, et un programme a été établi en 2003 pour assurer en particulier une carrière aux fonctionnaires chargés des marchés publics. Tous ces fonctionnaires sont invités à participer aux formations du « Chartered Institute of Purchasing and Supply ». Et de fait 23% des responsables d'achats publics ont la qualification reconnue par cet Institut, tandis qu'en outre 11% suivent des études pour obtenir cette qualification. Le NAO estime que ce n'est pas suffisant et propose que la compétence en matière d'achats soit « plus largement reconnue pour accéder aux postes supérieurs ».

1.3. Des encadrements composites

Il existe aux Etats-Unis un important ensemble de textes réglementant les marchés publics. La Federal Acquisition Regulation (FAR) fixe le droit des achats publics des ministères et agences fédérales, complétée par une annexe propre aux contrats du département de la défense. Ces textes définissent les conditions de passation et d'exécution des marchés, ainsi soumis au droit public, de même que leurs contentieux, portés devant des juridictions administratives, les Boards of Contracts Appeals en première instance et devant la Court of Federal Claims en appel (voir 1^{re} Partie 2-5), outre un recours non juridictionnel mais de droit public et très souvent utilisé devant le Government Accountability Office (Voir ci-après 2.1). Toutefois ce dispositif coexiste avec ce qu'un commentateur a appelé « une foule (a host) de textes », ceux applicables aux ministères et les textes propres aux diverses « agences » au niveau fédéral, un Office de la politique fédérale des achats aux Etats-Unis contribuant cependant à une certaine homogénéité des commandes publiques. Mais au dessous du niveau fédéral, les réglementations sont particulières à chaque Etat et à chaque municipalité et comportent en outre des différences de dispositions et de jurisprudence considérables, situation peu favorable à la sécurité juridique, ce qui a un coût économique important, du fait de la complexité des rédactions juridiques et des risques de contentieux dont il y a lieu de se couvrir.

En Allemagne, dont le système a été décrit dans la Première partie Section 2 2-3, il existe une base légale du droit de la passation et du contentieux des marchés publics dans la loi fédérale sur la concurrence (GWB), un Règlement d'attribution des marchés publics (Vergabeverordnung) sur les procédures et les seuils d'application, mais aussi trois « Conditions d'attribution » (Verdingungsordnungen) dispositions administratives applicables aux marchés de travaux (VOB), de fournitures et de services (VOL) et de certaines prestations intellectuelles (VOF), dont les deux premiers contiennent des dispositions à la fois sur la passation et sur l'exécution, plus ou moins équivalentes à la fois à celles d'un Code des marchés et de Cahiers de clauses générales bien que n'étant pas de niveau réglementaire, et en distinguant les contrats au-dessus et au-dessous des seuils européens, ces derniers peu réglementés. A ce dispositif fédéral complexe s'ajoutent des réglementations prises par les Etats fédérés (Länder). Le contentieux est marqué par la création en 1999 de « Vergabekammern », Chambres d'adjudication, qui sont des sortes de quasi-juridictions spécialisées, mais parties de l'administration, compétentes pour les litiges d'attribution des marchés, avec appel devant les Cours d'appel de droit commun. Cette « publicisation » partielle du contentieux est symptomatique de l'évolution générale vers une certaine « publicisation » du droit des marchés, qui apporterait des avantages de clarté juridique et en l'espèce de rapidité. Il reste que l'ensemble du droit des marchés publics allemands fait l'objet de débats, du fait de son caractère hybride et complexe, et paraît au vu des appréciations de la Bundesrechnungshof laisser subsister quelques problèmes dans l'application des principes de la concurrence (voir plus loin 1.2 A).

1.4. Les préoccupations communes

La différence d'approche en matière de recherche d'efficacité du droit n'en permet pas moins bien des rapprochements, que ce soit du fait de la persistance de pratiques contestables ou d'évolutions positives.

S'agissant de pratiques contestables, on notera que plusieurs réponses considèrent qu'il y a encore des progrès à faire en matière la maîtrise économique et financière des achats publics, en Allemagne, ce que signale une notation basse sur ce point, en France où se maintiennent des cas de dispersion des achats, et

aussi au Royaume Uni, où le NAO constate un « manque de coordination », notamment pour des achats isolés hors accords-cadres et même du fait d'une multiplication des accords-cadres, au nombre de 2500 dans les seules administrations centrales.

En matière d'évolutions positives on notera que si en Espagne et en France l'accent est mis sur le choix des solutions juridiques diverses selon leur adaptation au contexte économique du marché, les rapports du NAO mettent aussi l'accent, au titre de la recherche de « value for money », sur le choix d'une procédure ou d'une autre selon le type de marché (mise en concurrence classique, accords-cadres, modalités de négociation...) (voir ci-dessus 1.2). Il est à cet égard remarquablement significatif que parmi les sources d'économies au titre des mesures « value for money », les plus importantes soient celles résultant d'un bon choix des procédures de passation, ce qui est comme cela a été précédemment souligné au cœur de la doctrine des pays qui pratiquent un fort « encadrement » par des textes et des instructions unifiés. Ces économies sont en effet dues selon le NAO principalement à l'augmentation du nombre de cas de négociations des contrats, au groupement des achats, à la prise en considération des coûts d'exploitation et à la réduction des coûts administratifs de passation. Les Etats-Unis aussi ont fait évoluer leurs procédures dans un sens de simplification et en faveur des procédures négociées, après mise en concurrence et dans le respect de l'égalité des candidats, ce qui est aussi le cas en France, malgré la crainte de certains acheteurs publics devant les complexités et les craintes de reproches de favoritisme en cas de recours à des procédures négociées et notamment de dialogue compétitif.

Si le Royaume Uni paraît compter de plus en plus, pour assurer la fonction d'achat, sur des cadres spécialisés dans cette fonction, et si les autres pays continuent de compter généralement sur des cadres d'origine juridique et technique, on peut noter que l'on y rencontre de plus en plus à leur profit des compléments de formation à cette fonction. Ainsi se multiplient en France des formations déjà citées d'agents publics au métier d'acheteur.

Dans bien d'autres cas des solutions voisines sont mises en œuvre. Ainsi au Royaume Uni l'OGC Buying Solutions conclut des accords-cadres avec des firmes pour des fournitures payées généralement « aux meilleures conditions du marché », au profit des ministères et agences, comme aux Etats-Unis la General Services Administration, qui conclut aussi des accords-cadres (« multiple award schedule contrats ») visant à obtenir le « prix du client le plus favorisé » au profit des administrations, et en France l'Union des groupements d'achats publics, établissement public à caractère industriel et commercial mais soumis au Code des marchés publics, créé par le décret du 30 juillet 1985, et qui a le statut de « centrale d'achats » pour toute administration nationale ou locale. Dans les trois cas la centrale d'achats est rémunérée par une commission de 1% de la valeur des commandes. On rencontre aussi des centralisations d'achats ministérielles (Agence centrale des achats du ministère des finances en France).

Ainsi encore on peut rapprocher les conseils que peuvent assurer aux acheteurs OGC Consultancy au Royaume-Uni ou le Comité consultatif des achats publics en Espagne ou qui résultent de plusieurs mécanismes déjà cités en France (consultations de centres de conseil, avis pouvant ou devant être demandés à la Commission des marchés publics, enseignements attendus d'une meilleure connaissance des achats publics, notamment grâce à l'Observatoire économique de l'achat public).

Si les deux systèmes, d'une part franco-espagnol, d'autre part britannique, en ce sens se rapprochent, il reste que l'exemple britannique se singularise par une approche économique comparative directe des avantages et des coûts, beaucoup plus utilisée que dans les autres pays, qui pourraient s'en inspirer pour compléter leurs propres dispositifs, en systématisant des rapprochements et des comparaisons, qui ne sont jusqu'ici effectués qu'à l'occasion d'initiatives isolées ou de vérifications par des organismes de contrôle, et dans ce cas pour les besoins de ces vérifications seulement.

Inversement il est curieux que les recherches de « value for money » ne fassent pas allusion à des facteurs jugés pourtant essentiels en France pour améliorer les conditions économiques des marchés tels que

- le principe même de documents uniques et universels d'encadrement des marchés au profit des administrations comme des firmes, facteur de réduction des coûts et d'abord des coûts de transaction,
- le recours à l'allotissement préconisé par le Code des marchés publics français et pas seulement s'il y a lieu le principe inverse des regroupements de commandes, afin de diviser les prestations en lots tels que davantage de compétiteurs puissent déposer des soumissions,
- la réglementation très favorable à la sous-traitance, y compris par des rapports financiers directs avec l'administration, ce qui accroît le nombre d'entreprises accédant aux marchés publics,

- l'accompagnement financier obligatoire en France des dépenses du cocontractant par des avances et acomptes réglementés, même s'il est vrai que les diverses administrations britanniques peuvent spontanément prévoir des clauses sur ces points.

- la mise en place de dispositifs de financements externes adaptés et favorables (voir ci-après 2.3.)

- les contrôles dits de régularité, alors qu'ils ne sont pas sans conséquences financières parfois considérables.

On est tenté d'estimer que l'encadrement central par des textes et des institutions mis en place dans des pays tels que la France ou l'Espagne mériterait d'être considéré comme une condition préalable nécessaire à l'efficacité du droit, mais aussi que dans un tel cadre la mise en place d'une recherche de « value for money » au sens précis et par ailleurs digne d'imitation, telle qu'elle est mise en œuvre au Royaume Uni, est un bon outil pour s'assurer de cette efficacité et le cas échéant proposer de nouvelles règles.

1.5. L'effet européen

Le modèle romaniste, qui a trouvé l'une de ses expressions les plus systématiques en France, et qui consiste à compter d'abord sur un encadrement centralisé aussi complet que possible des contrats publics pour obtenir la meilleure efficacité économique, a reçu un puissant renfort du fait de la construction européenne. Les directives européennes sur les contrats publics, et en dernier lieu celles du 31 mars 2004, s'imposent en effet dans les Etats membres, et l'obligation qui leur est faite de les transposer dans les droits nationaux a abouti à la création d'un véritable droit public des contrats de l'administration dans des pays qui n'en avaient pas du fait de leur pratiques décentralisées et du recours à la common law, ce qui est le cas du Royaume Uni. Elles vont même désormais jusqu'à influencer le droit d'autres pays, au-delà des frontières de l'Union européenne, qui y voient un modèle internationalisé et déjà éprouvé, et qui ont intérêt à harmoniser leurs pratiques avec celles de la première entité économique mondiale.

Ces directives traitent des diverses procédures de passation des contrats qu'elles admettent, sous tous leurs aspects, du moins pour les marchés de montants supérieurs à certains seuils, en définissant précisément les différentes procédures, les règles de publicité et de transparence, le déroulement de la procédure d'attribution, certaines des règles des cahiers des charges (spécifications techniques, variantes), des règlements du Parlement et du Conseil des ministres européen ayant de plus fixé par ailleurs un « Vocabulaire commun de la commande publique » (« Common Procurement vocabulary »). Le tout est verrouillé par des obligations strictes d'information de la Commission, au moyen d'avis annonçant lesancements d'appels d'offres, qui font l'objet de prescriptions détaillées, et par des obligations statistiques.

Les domaines presque entièrement laissés aux droits nationaux sont d'abord de façon générale l'exécution des marchés, y compris les relations entre administrations et cocontractants (droits parfois unilatéraux de l'administration, règles de contrôle et de paiement, notamment en matière d'avances et d'acomptes, et modalités de règlement des litiges), dès lors qu'elles sont compatibles avec le droit européen en général. Restent aussi du domaine national divers aspects de la politique de la commande publique tels que les formules de financement externes ou la sous-traitance, à laquelle les directives ne font qu'une allusion.

Le vaste domaine du droit européen en la matière est d'autant plus intéressant du point de vue de l'efficacité du droit que les textes européens appréhendent les mécanismes et les institutions non par leurs catégories traditionnelles dans les divers droits nationaux, mais par leurs natures réelles et leurs effets économiques. Dès lors il établit un lien direct entre la norme juridique et l'efficacité économique, qu'il espère obtenir en l'espèce d'une concurrence transparente, même quand il autorise d'une façon très pragmatique la multiplication des procédures de négociation qui, fut-ce sous des noms nouveaux tels que « dialogue compétitif », offrent en réalité à l'administration de grandes marges d'appréciation.

Cette multiplication elle-même, autorisée ou préconisée par les directives européennes, est un atout pour la commande publique pour lui permettre de choisir la solution économiquement optimale, comme le soulignait une contribution du rédacteur de ces lignes sur les « assouplissements » du droit des marchés publics. On voit en outre que la tendance est à profiter de ces assouplissements, quoiqu'il en soit des problèmes d'adaptation de l'administration à ces nouvelles procédures, car ils sont la condition pour que la commande publique affronte les multiples situations découlant de la diversité croissante de leurs besoins et de la complexité croissante des solutions (voir Partie 1, 1.2). Le NAO britannique va jusqu'à souligner qu'une grande partie des gains de « value for money » leur est due. Mais on voit clairement qu'au total toutes ces évolutions apportent à la solution romaniste du fort encadrement centralisé, dont la réponse de la Cour des comptes française souligne particulièrement les mérites, un renfort considérable.

2. Les autres grands thèmes

2.1. La transparence de la procédure de passation

La plupart des réponses jugent le niveau de transparence pendant la phase de publication de l'appel d'offres plutôt bon ou bon. On peut mettre cette situation largement à l'actif de législations plus ou moins récentes, qui ont notamment créé des procédures de contrôle juridictionnel ou quasi juridictionnel de la transparence de l'attribution des contrats. C'est dès 1921 que le Government Accountability Office (à l'époque General Accounting Office) a accepté de recevoir des « protests » portant sur la violation des règles d'attribution des contrats, en se fondant de façon prétorienne sur sa compétence pour accueillir des recours concernant l'exécution du budget fédéral, pratique qu'un texte de 1981 a avalisée. Ces « protests » portés devant le GAO, qui a un délai de 100 jours pour formuler un avis, sont nombreux (environ 1400 par an) et sont presque toujours respectés, car sinon le GAO en informe le Congrès, ce qui réduit l'intérêt du recours juridictionnel classique devant la Court of Federal Claims. En France le « référé précontractuel » instauré par la loi du 4 janvier 1992 permet à toute personne ayant intérêt à conclure le contrat de demander l'interruption de la procédure aux présidents des tribunaux administratifs. La brièveté du délai qui lui est accordé pour se prononcer, 10 jours seulement, est un élément particulièrement positif de cette procédure, qui laisse peu de contentieux subsister à ce stade et qui est donc un facteur de sécurisation d'une réelle valeur économique. En Allemagne a été introduite en 1999 une possibilité de recours déjà citée devant des Chambres d'adjudication (Vergabekammern), également très utilisé (plus de 1200 recours par an)

Par contre la transparence est généralement jugée moins bonne lors de la phase d'attribution du contrat, notamment aux Etats-Unis et en Allemagne. Les notations de la Bundesrechnungshof ne sont sans doute pas sans relation avec la situation complexe décrite Section 1 et reprise ci-dessus en Section 2, 1.1 sous l'angle des combinaisons des solutions d'encadrement des marchés, qui marque notamment les imprécisions d'application des textes de différents niveaux, et les incertitudes des soumissionnaires pour les marchés inférieurs aux seuils européens, ce qui peut susciter de réels problèmes de concurrence et au total d'efficacité du droit de la passation des marchés. On rencontre aussi quelques préoccupations dans d'autres pays. Ainsi le NAO anglais pense que les firmes s'estiment encore souvent imparfaitement informées par les termes des marchés, la Cour des comptes française constate que les critères d'attribution donnent encore parfois de trop grandes libertés à l'administration du fait de leur caractère vague (« caractère innovant », « qualité esthétique »), ce qui a conduit la jurisprudence à commencer d'interdire des clauses donnant des libertés excessives à l'administration (Conseil d'Etat, 28 avril 2006 Commune de Toulouse). Mais elle rappelle aussi que l'administration ne doit pas être privée d'un certain pouvoir d'appréciation en fonction de facteurs difficilement quantifiables tels que la qualité des références ou la très bonne exécution d'un marché antérieur, même s'il peut paraître parfois arbitraire aux firmes soumissionnaires.

2.2. Délais de passation

Les réponses espagnoles et françaises les jugent plutôt satisfaisants, les autres réponses plutôt longs. Mais il faut tenir compte d'une modification survenue du fait des directives européennes postérieurement à l'établissement du questionnaire, qui oblige à respecter d'assez longs délais entre l'appel d'offres et la date de dépôt des offres (52 jours en général au-dessus du seuil de publicité européenne, 22 jours en général au dessous). Dès lors la question des délais est moins importante pour les pays européens, même si certaines réponses, telle celle de la Bundesrechnungshof, donnent à penser que les administrations ont tendance à prendre trop de temps pour notifier le marché. Bien que ce ne soit pas généralement plus le cas en France, le Guide d'application des marchés publics de ce pays souligne que la meilleure réponse en matière de délais est d'abord de bien identifier et mesurer les besoins et de bien anticiper les dates où ils devront être satisfaits, pour en déduire les délais à réserver aux appels d'offres (Deuxième Partie du Guide- 4).

2.3. Dispositions facilitant l'ouverture à la concurrence et le financement des marchés publics

Certaines des conséquences de la différence d'approche entre les pays qui laissent une grande liberté de rédaction, de passation et d'exécution des contrats à leurs diverses administrations, et ceux qui en codifient les règles ont déjà été relevées. D'autres résultent de ce que l'existence de textes applicables à toutes les entités administratives permet la mise en œuvre de certaines politiques en matière de marchés.

Cela est extrêmement marqué en France, dans plusieurs domaines dont deux sont considérés comme très importants pour obtenir les meilleurs rapports avantages-coûts.

Le premier domaine est celui de l'ouverture au maximum de compétiteurs, qui fait l'objet de mesures telles que

- le principe de l'allotissement, qui existe aussi en droit allemand des marchés publics, et qui oblige à diviser l'objet du marché autant que possible pour accroître le nombre de firmes susceptibles de soumissionner et ainsi « susciter la plus large concurrence » (article 10 du Code des marchés)
- les dispositions sur la sous-traitance. Elles visent à la fois à obtenir de meilleurs prix par l'accès de sous-traitants à l'exécution de commandes publiques, et à favoriser le secteur des petites et moyennes entreprises (PME), pour des raisons de politique économique générale, ce qui motive en outre diverses faveurs. Ces dispositions vont toutefois en France (et semble-t-il en Espagne) jusqu'à établir des liens financiers directs entre l'administration et les sous-traitants, puisqu'ils ont droit aux mêmes systèmes d'avances et d'acomptes que le titulaire du marché, sous réserve d'une acceptation préalable et d'un agrément des conditions de paiement, ce qui ne paraît pas comporter d'équivalent aux Etats-Unis et au Royaume-Uni. Les sous-traitants peuvent aussi bénéficier des mécanismes de financement « externes » prévus pour les titulaires (voir ci-après).

Le deuxième domaine est celui du financement du marché, qui comporte

- des mécanismes de paiement prévus pour accompagner au plus près son exécution, et donc pour réduire au minimum les besoins coûteux de financement externe. Le versement d'une avance obligatoire de 5% est une contribution aux dépenses que le titulaire engage nécessairement avant tout début d'exécution. Le Code des marchés français ouvre la possibilité d'avances facultatives, pouvant aller dans certains cas jusqu'à 60% du montant initial du marché, après constitution d'une garantie « à première demande », donc sans coût immédiat important. Le Code réglemente aussi le versement d'acomptes, dès lors qu'il y a un commencement d'exécution, en en fixant en outre la périodicité au maximum à trois mois (un mois pour les PME),
- des mécanismes favorisant le financement externe (mécanisme simplifié de cession de créance, nantissement, intervention de la Banque des petites et moyennes entreprises, établissement appartenant au secteur public).

La confrontation avec la pratique britannique a permis de constater que rien n'interdit aux diverses administrations centrales et locales du Royaume Uni d'imaginer et d'introduire dans leurs marchés de telles clauses (hors le cas du financement externe qui implique une intervention étatique dont il n'a pas été trouvé d'équivalent), mais de telles clauses ne paraissent pas fréquentes, faute de textes généraux qui les décrivent, peuvent les imposer, et en tous cas les rendent familières à tous les acheteurs publics et à toutes les firmes concernées. On voit ici à quel point le système de l'encadrement national des marchés apporte, outre sa valeur de commodité et son intérêt pour faire les meilleurs choix économiques, une contribution directe au rapport avantages-coûts, donc à l'efficacité du droit, dont risque de se priver une orientation purement « value for money », du moins tant qu'une solution n'a pas été expressément décelée comme économiquement favorable, diffusée et effectivement mise en œuvre.

2.4. Les risques des contrats

Il est intéressant de rapprocher les réponses à deux questions concernant de façons différentes les risques dans les contrats : prise en compte le plus possible des risques dans leur rédaction, traitement des risques imprévisibles. Dans les deux cas les Etats-Unis paraissent se distinguer (avec l'Allemagne en ce qui concerne la prévision des risques, qui « n'empêche pas des modifications contractuelles considérables par avenants ») des autres pays dans la mesure où l'on ne paraît pas y croire que l'effort de prévision des risques améliore vraiment l'exécution du contrat, du fait d'une philosophie du contrat qui compte davantage sur la capacité des contractants à prendre leurs responsabilités, y compris dans la rédaction des contrats, que sur des clauses de précaution ou des dispositifs de réparation, ni que le traitement des effets d'événements imprévisibles aboutisse à une compensation financière pleinement satisfaisante, même si l'administration a une conduite correcte. Par contre le dénombrement et la prévision des risques sont estimés partout nécessaires dans les contrats de délégation de service public et de partenariat public-privé, eu égard à leur durée et à l'intérêt à long terme des usagers et/ou de l'administration. Par ailleurs les solutions pour les risques non prévus permettent des rapprochements inattendus entre des pays de traditions juridiques différentes, comme le montre la comparaison faite plus loin en Section 3 entre les Etats-Unis et la France, à laquelle il faudrait ajouter le cas de l'Espagne, proche de la doctrine française (voir plus loin 2.2).

2.5. Les pouvoirs unilatéraux de l'Administration

L'existence ou non de pouvoirs unilatéraux de modification ou de résiliation des contrats au profit de l'administration ne se déduit pas de la distinction entre pays de droit « romaniste » et de « common law ». La comparaison des cas de la France, de l'Espagne et des Etats-Unis, où existent de tels pouvoirs, est très

significative. En effet, par un renversement des situations habituelles, leurs cas et modalités sont fixés en France principalement par la jurisprudence, alors que la tradition « romaniste » inciterait à en faire un objet de réglementation, et aux Etats-Unis par la réglementation, alors que le droit de « common law » inciterait à en faire matière à jurisprudence. C'est en effet la Federal Acquisition Regulation qui fixe les règles

- de modification unilatérale par l'administration, en distinguant les cas d'ajustements restant ou non dans la portée du contrat (« scope of the contract »), et en permettant une compensation qui exclut les profits attendus non réalisés (« unearned profits »),
- de résiliation discrétionnaire par l'administration, en limitant l'indemnisation au travail fait et aux préparations des parties résiliées, profit inclus, mais non des parties non exécutées et des profits escomptés correspondants (voir Section 3).

De plus on observe que, si au final les solutions sont proches dans les deux pays, c'est d'une façon plus favorable à l'administration que celle qui résulterait de la jurisprudence de « common law », qui admet la compensation des profits non réalisés. Ainsi en l'espèce l'encadrement juridique du marché est davantage pris en charge par la réglementation dans un pays de « common-law » que dans des pays de droit « romaniste ». C'est à l'évidence parce que les Etats-Unis ont vu des avantages à déroger aux principes de droit commun, plus pour se doter d'une règle claire susceptible d'améliorer l'efficacité économique du droit que par souci d'équité, la solution étant moins favorable que celle de ce droit commun pour les cocontractants. En Allemagne la résiliation unilatérale est également possible, non sans quelques problèmes quant aux « arrangements de compensation ». Par contre, au Royaume Uni, il faut en principe, à défaut de disposition contractuelle contraire, une négociation comme entre deux particuliers pour modifier ou résilier le contrat (voir section 2, 4).

Section 2 – Les mécanismes de l'équilibre du contrat

Parmi les cinq pays considérés, aucun modèle universel de réglementation des contrats publics ne prévaut. La question qui se pose alors s'agissant des aléas d'exécution est de déterminer si, et comment, les contrats qui rencontrent des aléas d'exécution peuvent prétendre au rétablissement de l'équilibre financier. Nous tenterons de distinguer, autant que possible, entre les aléas endogènes au contrat et les aléas exogènes, qui échappent au contrat.

1. Le cas français

A – Les aléas endogènes

Il est rare qu'un marché ou qu'une délégation se termine sans que l'entrepreneur ou le délégataire ait dû effectuer des travaux ou des prestations que l'on pourrait qualifier de « *non prévus à l'origine* ». Un projet ne saurait prévoir l'ensemble des éventualités ou des besoins nouveaux qui se révèlent en cours d'exécution. En France, en matière de travaux publics, on a regardé comme une nécessité de déroger au droit commun et d'imposer à l'entrepreneur l'obligation d'exécuter certains travaux en dehors des termes et prévisions du devis. Cette obligation s'étend non seulement aux changements dans les détails d'exécution des ouvrages prévus, mais également aux ouvrages non prévus jugés nécessaires. Le pouvoir du maître de l'ouvrage ne se conçoit pas sans obligation pour l'entreprise d'accepter les modifications quantitatives permettant d'achever l'ouvrage. L'intérêt bien entendu du travail ou du service exige fréquemment de telles modifications en cours d'exécution. Or l'intérêt du travail concorde ici avec l'intérêt général puisque le travail public a pour but essentiel de concourir au fonctionnement des divers services publics. Dès 1905⁷⁷, le Conseil d'État français a consacré le principe du droit de la collectivité et, par suite, du devoir de l'autorité qui la représente, d'exiger du concessionnaire, sous réserve d'un juste dédommagement, le bon fonctionnement du service dont il assume la charge. Aussi, et en dehors même de la détention par l'Administration d'un pouvoir de modification unilatérale sans texte, nombre de contrats contiennent-ils des clauses de modification unilatérale. Le pouvoir de modification unilatérale, dont le fait du prince est une illustration, n'est d'ailleurs à la source que d'une partie seulement des cas d'altération des obligations : outre les clauses de modification unilatérale, décisions de poursuivre et avenants participent, au même titre, à la problématique de l'exécution altérée. Et la masse jurisprudentielle consacrée à ces autres formes d'altération est beaucoup plus substantielle. Au surplus, les modalités d'indemnisation et les limites de leur incidence sur l'équilibre financier sont proches. Dans tous les cas, et sous conditions, le préjudice est réparé, intégralement ou en partie. De même, dans tous les cas, le bouleversement de l'économie du contrat ainsi que le changement de son objet ou de sa substance constituent la limite à ne pas franchir, qu'il s'agisse de

⁷⁷ CE, 04/08/1905, *Cie des chemins de fer de Bône-Guelma et prolongements*, Leb. p. 770 ; CE, 29/12/1905, *Bardy c/ Ville de Bergerac*, Leb. p. 1014, conclusions ROMIEU. Voir auparavant, pour le célèbre conflit des gaziers et des électriciens, CE, 10/01/1902, *Cie du gaz de Deville-lès-Rouen*, Leb. p. 5, D., 1902.3.19-20.

limiter le pouvoir de modification unilatérale ou, en cas d'avenant ou de décision de poursuivre, de limiter au contraire la liberté contractuelle afin d'éviter de porter atteinte à la concurrence. Dès lors, si la notion de bouleversement de l'économie du contrat possède, malgré l'identité de terminologie, des fonctions antinomiques, elle n'en met pas moins en lumière le rôle de seuil du bouleversement de l'économie du contrat et, partant, la force d'attraction de l'équilibre économique de la convention. Dans tous les cas, la problématique de l'équilibre financier se rattache à la question de la modification du contenu des obligations initiales. Aussi, au-delà de ces distinctions se pose la question de l'altération des obligations contractuelles, qu'elle résulte du pouvoir de modification unilatérale sans texte, des clauses du contrat autorisant une telle modification, d'avenants ou de décisions de poursuivre. L'équilibre financier du contrat, en définitive, est indifférent aux modalités de cette altération. Pour synthétiser l'approche du Conseil d'Etat, l'on dira que ce dernier accepte les modifications unilatérales, après un examen au cas par cas, si celles-ci sont modérées.

Cependant, une distinction s'impose entre la matière des marchés publics et celle des délégations de service public. L'examen du *corpus* juridictionnel démontre que la modification des obligations initiales est beaucoup plus fréquente en matière de marchés publics. Ceci est logique et correspond non seulement au plus grand nombre de marchés passés mais encore aux imprévus quasi quotidiens auxquels se heurte toute entreprise de travaux publics. Dans l'hypothèse des délégations de service public, et à l'exception des avenants récemment limités, les principes élaborés dès 1905 dans le sens sus-indiqué ont fixé la jurisprudence. Même si cette dernière n'est pas exempte de nuances, sa constance tranche avec les oppositions doctrinales. Pour ce qui concerne les travaux publics, les oppositions doctrinales sont moins tranchées, les auteurs se contentant de proposer des solutions susceptibles de résoudre les problèmes pratiques posés par l'exécution des marchés publics. En revanche, la matière recèle des difficultés considérables d'interprétation et d'application tant des différents cahiers des charges que de la jurisprudence administrative. Cette complexité transparait nettement dans les très grandes nuances de la jurisprudence. La question, de prime abord, se présente pourtant de manière assez simple. Si les prévisions du devis sont inexactes ou insuffisantes, il est naturel que l'Administration puisse y porter remède : soit en modifiant le projet initial dans ses détails (ancien art. 10 des C.C.G.-Travaux publics – art. 2.5. actuel), soit en faisant varier les quantités ou la masse des divers ouvrages prévus (anciens art. 30, 31 et 32 – art. 15 à 17 actuels), soit même en y adjoignant des ouvrages imprévus (ancien art. 29 – art. 14 actuel). Au surplus, décisions de poursuivre et avenants ont depuis peu fait l'objet d'un encadrement strict. À la question de l'étendue des modifications des obligations et de leur prise en charge s'est donc ajoutée celle du respect du principe de mise en concurrence. Les limites à la mutation des obligations initiales, fixées historiquement au bénéfice des partenaires de l'Administration, revêtent aujourd'hui une seconde nature : elles jouent également tant au profit des candidats évincés que des contribuables. Plusieurs questions se présentent à l'esprit à propos des modifications apportées au contrat : quelles sortes de modifications sont possibles, dans quelle mesure et sous quelles conditions sont-elles permises ? Les clauses précitées sont censées y répondre. Ces facultés détenues par l'Administration, si contraires au droit commun, ne sauraient pour autant être dispensées de garde-fous et les aléas du marché illimités. L'intérêt de l'entrepreneur, en présence de ces obligations inattendues, doit être suffisamment sauvegardé. C'est pourquoi, après avoir posé, quels que soient les avatars endurés, le principe de l'achèvement de l'ouvrage prévu au devis, les clauses et conditions générales puis les cahiers des charges ont pris pour habitude d'encadrer scrupuleusement les prérogatives conférées à l'Administration. Ils se sont efforcés, dans cette perspective, de distinguer entre les différents types de travaux ou ouvrages prescriptibles « *au-delà* » des prévisions du marché. À cet encadrement est venu s'adjoindre, outre le paiement des travaux ou ouvrages non prévus, l'indemnisation du préjudice éventuellement subi. Aussi, et dans presque tous les cas, les droits de l'entrepreneur ainsi que l'équilibre financier de son contrat sont pris en considération.

B – Les aléas exogènes

À côté des aléas endogènes, le droit français des contrats a consacré l'existence et le traitement d'aléas exogènes. Il s'agit d'événements extérieurs qualifiés de sujétions imprévisibles qui altèrent l'exécution du contrat. Ces sujétions imprévisibles peuvent être soit étrangères aux rapports contractuels soit, à l'inverse, liées à l'objet du contrat. Le premier cas recouvre les théories de l'imprévision et de la force majeure. Le second, la théorie des sujétions imprévues. Dans tous les cas, c'est le juge administratif français qui est à l'origine de ces théories que l'on peut donc qualifier de constructions prétoriennes.

En matière de sujétions imprévisibles extracontractuelles, la jurisprudence distingue entre deux cas, selon qu'elles sont étrangères ou liées à l'objet du contrat : la théorie de l'imprévision est la plus achevée. En la matière, l'équilibre financier du contrat joue le rôle de mesure et de limite correctrice de l'altération des prévisions contractuelles. La jurisprudence administrative bâtie sur les concepts d'imprévision et de force majeure conduit à n'admettre un droit du cocontractant de l'Administration à compensation des charges

extracontractuelles à la double condition que les événements à l'origine de la perturbation des prestations échappent complètement à la prévision des parties et ait pour effet de « bouleverser l'économie du contrat ». Dans ce type d'espèces, la jurisprudence du Conseil d'Etat est marquée par un mélange de pragmatisme et d'équité.⁷⁸

En matière de sujétions imprévisibles liées à l'objet du contrat, l'équilibre financier forme également mesure et limite correctrice de l'altération des prévisions formulées par les cocontractants. L'office du juge est tourné en tout premier lieu vers la mesure du déséquilibre provoqué. Le cocontractant de l'Administration aura droit, selon des modalités variées, au rétablissement de l'équilibre de son contrat. Là encore, l'alliage entre pragmatisme et équité domine la matière. Cependant, les modalités d'encadrement du devoir de prévisibilité se heurtent à plus de résistance. Puisque le déséquilibre ne résulte plus d'un événement extérieur aux rapports contractuels, la marge de manœuvre ouverte à l'intervention du juge est nécessairement restreinte. C'est donc en cultivant son pouvoir d'interprétation des clauses que celui-ci parvient à contourner, dans certaines limites toutefois, la rigueur de certaines dispositions. Ceci est très net dans le cadre de l'application de la théorie des sujétions imprévues.

2. Le cas espagnol⁷⁹

Le droit espagnol a subi, au début du XX^{ème} siècle, l'influence des droits allemand et français. L'ordre juridictionnel administratif dépend, en dernier ressort, d'une chambre spécialisée du Tribunal Suprême (*Tribunal Supremo, Sala del Contencioso administrativo*). En matière de contrats administratifs, la jurisprudence du Tribunal Suprême a été largement influencée par celle du Conseil d'Etat français, bien que les conséquences fonctionnelles des qualifications de service public et de contrat administratif soient très différentes d'un pays à l'autre. Cette influence se retrouve codifiée dans les nombreuses lois relatives aux contrats, apparues dès le XIX^{ème} siècle et aboutissant à la Loi (générale) sur les contrats des administrations publiques (LCAP). Les contrats administratifs sont soumis à trois principes généraux qui trouvent une application particulière en matière de concessions. Le premier principe est que tous les contrats administratifs sont exécutés aux risques et périls (*riesgo y ventura*) du cocontractant. Le deuxième principe d'application générale est celui du *jus variandi*, c'est-à-dire le pouvoir unilatéral de l'administration de modifier les conditions d'exécution du contrat pour une raison d'intérêt général. Le troisième principe, qui compense le précédent, est celui de l'équilibre économique du contrat, qui garantit l'indemnisation de toutes les conséquences financières de l'exercice du *jus variandi*. Le principe de l'équilibre économique trouve en matière de concessions une application beaucoup plus large et générale qu'en matière de marchés publics. La doctrine justifie cette protection renforcée du concessionnaire par la longue durée du contrat de concession, en comparaison avec les simples marchés publics. Deux principes applicables aux contrats administratifs espagnols doivent particulièrement retenir l'attention : le pouvoir de modification unilatérale (*ius variandi*) (A) et le principe d'équilibre économique (B).

A – La mutabilité du contrat administratif en droit espagnol

Le principe de mutabilité (*ius variandi*) dont l'origine a été puisée, comme de nombreux autres éléments du régime des contrats administratifs, dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français, est l'un des trois pouvoirs généraux reconnus à l'administration dans l'exécution du contrat administratif, aux côtés du pouvoir de direction et de contrôle (*poder de controlar y dirigir la ejecución del contrato*) et du pouvoir d'interprétation (*interpretación del contrato*). Le *ius variandi*, ou *potestas variandi*, parfois désigné par le terme « *mutabilidad* », se caractérise, pour le Tribunal Suprême, comme un pouvoir de nature extracontractuelle, auquel l'administration ne peut renoncer, permettant d'adapter les contrats aux nécessités de l'intérêt général ; au principe d'immutabilité du contrat prédominant en droit civil succède celui de l'immutabilité de la « *fin* » ou du service⁸⁰.

Mais le pouvoir de modification unilatérale est limité par des conditions procédurales établies par la loi, doit répondre à une raison d'intérêt général et respecter le principe d'équilibre économique du contrat (*equilibrio económico-financiero*)⁸¹. L'ensemble de ces principes a été repris par l'article 59 LCAP qui confère à l'administration les prérogatives d'interprétation, de modification et de résiliation. Des dispositions particulières encadrent ensuite le pouvoir de modification (art. 101) et l'adaptent à chaque catégorie de

⁷⁸ Pour une démonstration approfondie, cf. L. Vidal, 2005, op. cité.

⁷⁹ Les développements qui suivent doivent beaucoup à une note de travail rédigée par P. Cossalter que nous remercions.

⁸⁰ CE (es.), avis du 21 juin 2001, n 923/2001, *Expte. de contrato gestión del Servicio de Limpieza* : « tous les contrats administratifs sont imprégnés d'une *idée essentiellement finaliste*, qui préside à leur exécution. La poursuite de la fin oblige, surtout dans les contrats qui, comme la concession de service public, ne portent pas sur une prestation unique et ponctuelle, à adapter les termes contractuels aux nouvelles circonstances »

⁸¹ V. par exemple TS, 21 janvier 1987, *RJ* n° 1795.

contrat. Le pouvoir de modification unilatérale est expressément prévu dans le cadre des contrats de gestion de services publics et, à la différence des autres contrats administratifs, le cocontractant ne peut pas demander la résiliation, quel que soit le montant des modifications imposées. En ce qui concerne les concessions de travaux, l'article 249 LCAP prévoit, le pouvoir de « *modifier les contrats pour des raisons d'intérêt public dûment justifiés* » ; le contrat peut également faire l'objet de modifications pour des raisons d'intérêt public à condition qu'elles soient dues à des nécessités nouvelles ou des causes imprévues dûment justifiées (art. 240). Mais le concessionnaire reçoit dans ce cas une protection particulière : il peut demander la résiliation du contrat lorsque les modifications apportées au projet initial entraînent une augmentation de plus de 20 % de la valeur initiale des travaux lors de la phase d'exécution. La limite à la modification de l'objet de la concession réside dans l'unité technique du projet. Ce n'est que si les modifications, « *par leurs caractéristiques physiques et économiques, permettent une exploitation indépendante* » qu'une nouvelle mise en concurrence est prévue.

Tous les paramètres du contrat peuvent donc être modifiés à condition qu'en soit respectée l'équation financière. L'application de la théorie du *ius variandi* est d'autant plus importante qu'elle est souvent utilisée en lieu et place du principe d'imprévision, lorsque les conditions défavorables d'exécution du contrat ne sont pas issues de circonstances imprévisibles mais d'une mauvaise évaluation initiale de l'état du marché. Le *ius variandi* sert alors à ré-équilibrer une exploitation déficiente, en contournant le principe de l'exploitation aux risques et périls (*riesgo y ventura*)⁸². Le règlement des services des corporations locales (RSCL)⁸³ dispose en son article 127 que les modifications unilatérales peuvent porter sur la qualité, la quantité, le temps et le lieu de la prestation du service, les tarifs à la charge du public et la forme de rétribution du concessionnaire.⁸⁴

B – « Risques et périls » et équation financière du contrat administratif en droit espagnol

La notion espagnole de *riesgo y ventura* (littéralement « *risque et hasard* ») n'entretient qu'un rapport d'analogie avec la notion française de « *risques et périls* ». Le principe de risques et périls applicable aux contrats administratifs espagnols réside dans l'exigence de contracter à prix certain (*precio cierto*). L'on comprend que le principe s'applique, avant tout, aux contrats de travaux et de fournitures. Il trouverait une origine dans le droit budgétaire, qui exige que puisse être déterminée la quotité de tout engagement financier de l'administration. Le principe de risques et périls aurait donc impliqué originellement que tous les contrats administratifs soient stipulés avec un prix au forfait ou que la valeur de chaque unité soit elle-même déterminée. D'une manière plus générale, il semble être une simple expression du principe *pacta sunt servanda*⁸⁵ et suppose l'intangibilité des conditions d'exécution du contrat, sauf causes imprévues et extérieures au contrat et exercice du pouvoir de modification unilatérale de l'administration. Le Conseil d'État espagnol définit les risques et périls comme « *le risque couru par le contractant, à ses dépens, que ses prévisions financières ne correspondent pas au résultat final du contrat en raison de l'incidence d'événements survenus en cours d'exécution* » qui est « *entièrement distinct, [du cas] d'apparition de nouveaux éléments de fait extérieurs au contrat qui affectent la relation contractuelle et altèrent son cours* »⁸⁶. Le risque signifie contingence ou probabilité d'un dommage, et *ventura* (hasard) est une expression expliquant qu'une chose est exposée au risque d'un cours heureux ou malheureux. On comprend dès lors que la notion de risques et périls en droit espagnol s'applique à tous les contrats de l'administration, et ne puisse caractériser ni la concession de travaux, ni les contrats de gestion de service public.

⁸² CE (es.), avis du 21 juin 2001, n° 923/2001. Où le Conseil d'État émet un avis favorable à l'égard d'une délibération décidant de modifications substantielles et d'une prolongation de la durée d'un contrat de nettoyage des rues et d'enlèvement des déchets solides urbains.

⁸³ *Reglamento de servicios de las corporaciones locales*, approuvé par le décret du 17 juin 1955.

⁸⁴ Il est à noter que le Conseil d'État espagnol (organe consultatif) se fonde depuis plus de vingt ans sur les principes de « *publicité et de libre concurrence* », « *colonne vertébrale* » du système de contraction publique pour justifier les limitations au *ius variandi*. Son analyse est très proche de celle qui prévaut en droit communautaire. Le principe de mise en concurrence des contrats de l'administration espagnole étant une règle classique découlant de principes à valeur constitutionnelle, le *ius variandi* ne peut être « *une attribution légale indiscriminée qui permette librement la novation du contenu des cahiers des charges ayant servi de base à la mise en concurrence, mais une faculté encadrée qui ne peut être exercée que lorsqu'apparaissent de nouvelles nécessités matérielles non prévues avant l'attribution du contrat rendant une modification indispensable pour le meilleur service de l'intérêt public* » (CE (es.), avis du 11 mars 2004, n° 444/2004). Lorsque la modification est « *substantielle* », le *ius variandi* doit être interprété comme une exception au principe de libre concurrence et doit comme tel « *être entendu de manière restrictive, par une interprétation la plus rigoureuse de la loi* ». Un usage indiscriminé d'un tel pouvoir de modification pourrait en effet entraîner « *une fraude réelle à la loi en fermant l'accès à d'autres contractants potentiels* » (CE (es.), avis du 5 décembre 1984, n° 47.126). Malgré une expression assez ferme, le Conseil admet une application assez laxiste du principe de *ius variandi* et, surtout, ses analyses ne lient pas le tribunal suprême au contentieux.

⁸⁵ TS, Sala cont. adm., 26 septembre 1980, *RJ* n° 3454 : le principe d'exploitation aux risques et périls est une transposition du principe civiliste « *pacta sunt servanda* ».

⁸⁶ CE, 11 décembre 1969, n° 36.402, cité in : Villar Palasí (José Luis) et Villar Ezcurra (José Luis), précité, p. 441.

Le principe de risques et périls s'applique avec le plus de rigueur aux marchés publics (*contratos*) qui bénéficient, dans le même temps, du principe de l'équation financière – qui ne doit pas annuler le premier. Les juridictions et les organismes consultatifs veillent à cet égard à assurer une sorte de contrôle de proportionnalité entre les deux exigences de l'équilibre et du risque, en éliminant les erreurs de *dénaturation* : le principe d'équation financière ne doit pas éliminer la part résiduelle des risques endogènes⁸⁷ ou remettre en cause les conditions d'exécution d'un contrat dont les clauses de répartition des risques ont été librement négociées et acceptées par le délégataire⁸⁸. Il existe au sein de la jurisprudence du Tribunal Suprême une nette distinction. Lorsque le contrat est passé par l'Administration centrale, le principe d'exploitation aux risques et périls est appliqué avec une certaine rigueur. Le principe d'équation financière ou d'équilibre économique a en revanche tendance à annuler les effets du principe d'exploitation aux risques et périls en ce qui concerne les concessions de services des autorités locales, en raison de la rédaction particulièrement protectrice de l'article 126 al. 2 du Règlement des services des corporations locales (RSCL) de 1955 qui dispose que « *l'équilibre économique de la rétribution du concessionnaire devra, (...) être maintenu dans tous les cas et en fonction de l'amortissement nécessaire pendant la durée de la concession, du coût d'établissement du service ainsi que des coûts d'exploitation et du bénéfice industriel normal* ».

3. Le cas allemand

En droit allemand, les contrats de construction (Bauverträge) constituent des contrats d'entreprise (§§ 631 et ss. BGB) et se réfèrent souvent à un contrat standardisé, le VOB/B (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, version 2006), qui est un cahier de « conditions générales contractuelles » (allgemeine Geschäftsbedingungen) au sens du BGB (§§ 305 et ss.). Les pouvoirs adjudicateurs ont généralement l'obligation d'incorporer le VOB/B dans les futurs marchés publics de travaux.

3.1. Les aléas endogènes

A-La modification unilatérale

Une des différences fondamentales entre les dispositions du BGB relatives au contrat d'entreprise (§§ 631 et s.) et celles du VOB/B consiste en la reconnaissance d'un pouvoir de modification unilatérale au profit du maître d'ouvrage. En effet, le § 1 Nr. 3 VOB/B (dont la conformité avec les dispositions du BGB relatives aux conditions générales contractuelles est remise en cause par certains auteurs⁸⁹) réserve à ce dernier le pouvoir d'ordonner des modifications au « projet de construction » (Bauplan). Cette notion inclut l'ensemble des éléments techniques du descriptif de la prestation (Leistungsbeschreibung), mais il n'est pas certain qu'elle couvre aussi le délai d'exécution (Bauzeit)⁹⁰. Lorsque ces modifications ont pour effet d'altérer les bases d'établissement du prix de la prestation contractuelle, un nouveau prix doit être fixé après accord des parties et prise en compte de l'augmentation ou de la diminution des coûts (§ 2 Nr. 5 VOB/B)⁹¹. Le principe de bonne foi (Treu und Glauben) fait obstacle à des modifications équivalant en réalité à une prestation nouvelle, fondamentalement différente de celle contractuellement envisagée⁹². Par application analogue du § 315, al. 1^{er} BGB, le maître d'ouvrage doit en conséquence exercer son pouvoir « d'après une appréciation équitable »⁹³. Pour sa part, le BGB ne contient pas de dispositions analogues, un accord est donc nécessaire avant toute modification⁹⁴. Certains auteurs estiment que les solutions

⁸⁷ *Junta consultiva de contratación administrativa*, avis 59/03, du 7 juin 2004, « Révision des prix des contrats de gestion de services publics et possibilités de modification de la formule. Maintien de l'équilibre économique. Impossibilité de modifier le contrat ».

⁸⁸ *Junta consultiva de contratación administrativa*, avis 42/02, du 17 décembre 2002, « Possibilité de modification du cahier des charges d'un contrat de gestion du service public de transport collectif urbain... ».

⁸⁹ Bruns, Schluss mit einseitigen Änderungen des Bauentwurfs nach § 1 Nr. 3 VOB/B ?, ZfBR 2005, p. 525.

⁹⁰ Keldungs in Ingenstau/Korbion, VOB Kommentar, 2007, 16^e éd., B § 1 Nr. 3, n^{os} 3 et 4 résumant les thèses doctrinales opposées.

⁹¹ L'établissement d'un nouveau prix n'est pas nécessaire lorsque la « modification » fait en réalité partie de la prestation contractuelle initiale (BGH, 9 avril 1992, BauR 1992, p. 759, à propos d'un contrat de construction à prix forfaitaire).

⁹² Keldungs in Ingenstau/Korbion, op.cit., B § 1 Nr. 3, n^o 11. Dans cette hypothèse, le cocontractant peut demander réparation intégrale par application analogue du § 8 Nr. 1 VOB/B (résiliation sans motif) : OLG Celle, 5 janvier 2005, BauR 2005, p. 885.

⁹³ Idem. Sur la nature juridique du pouvoir de modification unilatérale selon le VOB/B : Quack, Theorien zur Rechtsnatur von § 1 Nr. 3 und 4 VOB/B und ihre Auswirkungen auf die Nachtragsproblematik, ZfBR 2004, p. 107 ; Thode, Nachträge wegen gestörten Bauablaufes im VOB/B-Vertrag, ZfBR 2004, p. 214.

⁹⁴ Sprau in Palandt (dir.) BGB Kommentar, 2002, 61^e éd., § 631, n^o 7. Voir généralement § 311, al. 1^{er} BGB : « (...) un contrat conclu entre les parties est nécessaire (...) pour modifier le contenu d'une obligation » (traduction M. Pédamon).

développées à propos du VOB/B devraient s'étendre aux marchés de travaux conclus selon les §§ 631 ss. BGB⁹⁵. L'argument principal est que le BGH accepta d'y « transposer » les principes du § 1 Nr. 4 VOB/B⁹⁶.

Selon cette disposition, « sauf dans le cas où son entreprise n'y est pas compétente, le cocontractant, sur demande du maître d'ouvrage, est tenu d'exécuter des prestations non prévues par le contrat mais qui deviennent nécessaires pour l'exécution de celui-ci »⁹⁷. Dans cette hypothèse, le cocontractant a droit à une rémunération supplémentaire, dont il doit servir notification au maître d'ouvrage avant le commencement d'exécution de la prestation (§ 2 Nr. 6 [1]). Cette rémunération se fonde sur les bases de calcul du prix de la prestation contractuelle ainsi que sur les coûts particuliers de la prestation supplémentaire demandée. Dans la mesure du possible, elle doit être fixée en accord avec le maître d'ouvrage avant le commencement d'exécution de la prestation en cause (§ 2 Nr. 6 [2]). En revanche, des prestations que l'entrepreneur exécute sans contrat ou en s'écartant arbitrairement des stipulations contractuelles ne sont pas rémunérées (§ 2 Nr. 8 [1]), sauf en cas d'approbation subséquente par le maître d'ouvrage (§ 2 Nr. 8 [2] 1^{re} phrase) ou lorsque de telles prestations étaient nécessaires pour l'exécution du contrat, correspondaient à la volonté présumée du maître d'ouvrage et lui ont été notifiées sans retard (§ 2 Nr. 8 [2] 2^e phrase). Dans ces hypothèses, la rémunération sera respectivement fixée par référence aux dispositions applicables aux travaux modifiés ou supplémentaires.

B- La résiliation unilatérale

En dehors d'un commun accord (Aufhebung⁹⁸), le contrat peut, en droit allemand, disparaître par la volonté de l'une des parties. Les hypothèses classiques sont celles de la résolution (Rücktritt) et de la résiliation (Kündigung), qui se distinguent principalement par leurs effets (la résolution est rétroactive et engendre une obligation de restitution⁹⁹, la résiliation opère pour l'avenir et donne lieu à indemnisation¹⁰⁰). La résolution peut être d'origine conventionnelle ou légale (ainsi par ex. en cas de défaut d'exécution ou d'exécution défectueuse dans un contrat synallagmatique, § 323, al. 1^{er} BGB). Il en va de même de la résiliation. Faute de stipulation contractuelle, cette dernière est toujours possible dans les contrats à exécution successive (Dauerschuldverhältnisse) pour « motif grave » (wichtiger Grund), notion explicitée par le nouveau § 314 BGB¹⁰¹. Bien que les contrats d'entreprise, et par delà les marchés de construction, ne constituent pas de « contrats à exécution successive » (notion qui suppose des prestations répétées), il est admis que la règle du § 314 BGB s'y applique également, conformément à la jurisprudence antérieure à l'introduction de ce paragraphe par la loi du 26 novembre 2001 portant réforme du droit des obligations (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz)¹⁰². De façon inégale, néanmoins, le § 649 BGB réserve au maître d'ouvrage un droit de résiliation unilatérale sans motif, qu'il peut exercer à tout moment avant l'achèvement des travaux. Après la résiliation, le cocontractant peut prétendre à la « rémunération convenue », c'est-à-dire à une réparation globale, déduction faite des dépenses épargnées du fait de la non exécution du reste de

⁹⁵ Kuffer, Handbuch des Fachanwalts Bau- und Architektenrecht, 2006, n° 96; Keldungs in Ingenstau/Korbion, VOB-Kommentar, 2004, 15^e éd., B § 1 Nr. 3, n° 3. Pour une approche historique : Enders, Existenz und Umfang eines Abänderungsrechtes des Bestellers beim BGB-Bauvertrag, BauR 1982, p. 535.

⁹⁶ BGH, 25 janvier 1996, VII ZR 233/94, BauR 1996, p. 378 (solution fondée sur le principe de bonne foi, §§ 175, 242 BGB).

⁹⁷ La deuxième phrase du § 1 Nr. 4 VOB/B précise que « d'autres prestations peuvent être confiées au cocontractant uniquement avec son accord ». Il n'est pas certain si, dans cette hypothèse, le cocontractant a droit à une rémunération supplémentaire par application du § 2 Nr. 6 VOB/B (ainsi par ex. Korbion/Hochstein/Keldungs, Der VOB-Vertrag, 2002, 8^e éd., n° 768) ou peut demander la fixation d'un nouveau prix (ainsi par ex. Keldungs in Ingenstau/Korbion, VOB Kommentar, 2007, 16^e éd., B § 1 Nr. 4, n° 7). Voir discussion : Breyer, Die Vergütung von « anderen Leistungen » nach § 1 Nr. 4 Satz 2 VOB/B, BauR 1999, p. 459.

⁹⁸ Looschelders, Schuldrecht – Allgemeiner Teil, 2005, 3^e éd., n° 122.

⁹⁹ §§ 346 et ss. BGB ; Looschelders, op.cit., n°s 826 et ss. ; Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 2006, 17^e éd., p. 195 et ss.

¹⁰⁰ § 314 BGB ; Looschelders, op.cit., n°s 794 et ss. ; Medicus, op.cit., p. 199.

¹⁰¹ § 314 BGB, Résiliation de contrats à exécution successive pour motif grave : « (1) Tout contrat à exécution successive peut être résilié pour motif grave par chacune des parties sans qu'elle ait à respecter un délai de préavis. Il y a motif grave lorsque la continuation du rapport contractuel jusqu'au terme convenu ou jusqu'à l'expiration d'un délai de préavis ne peut être imposée à la partie qui résilie, eu égard à tous les faits de l'espèce et aux intérêts respectifs des deux parties. (2) Si le motif grave consiste dans la violation d'une obligation résultant du contrat, la résiliation ne peut intervenir qu'après l'expiration infructueuse d'un délai imparti pour y remédier ou une mise en garde également infructueuse (...) ». Cet article est issu de la loi du 29 novembre 2001 portant réforme du droit des obligations et codifie la jurisprudence antérieure en la matière. Avant sa généralisation, cette résiliation qualifiée d'« extraordinaire » (außerordentliche Kündigung), puisque non soumise à un délai de préavis, était et reste toujours possible dans certains contrats spéciaux (tel que le louage de chose, § 542) lorsque ceux-ci sont conclus à durée déterminée. Une résiliation « ordinaire » (ordentliche Kündigung), en principe sans motif mais soumise à l'obligation de préavis, est prévue dans certains contrats conclus à durée indéterminée (par ex. prêt, § 489).

¹⁰² Locher, Das private Baurecht, 2005, 7^e éd., p. 57-58 ; Voit, Die außerordentliche Kündigung des Werkvertrages durch den Besteller, BauR 2002, p. 1776.

la prestation¹⁰³. Le § 649 BGB se justifie par la considération que l'ouvrage est réalisé dans l'intérêt exclusif du maître d'ouvrage¹⁰⁴, ce qui se reflète dans l'absence d'un droit équivalent au profit de l'entrepreneur. Ce dernier peut provoquer la résiliation soit selon les dispositions générales soit pour défaut de coopération du maître d'ouvrage dans les conditions du § 643 BGB. Par ailleurs, si selon les dispositions spéciales, la résolution du contrat d'entreprise par le maître d'ouvrage est possible lorsque l'ouvrage présente de vices (§ 634, n° 3 BGB), sa mise en œuvre est rare en pratique compte tenu de son effet rétroactif¹⁰⁵. Il sera donc recouru aux autres alternatives ouvertes par le § 634 BGB (telle que la réduction du prix, § 638).

En écartant l'hypothèse de résolution¹⁰⁶, le VOB/B organise le régime des résiliations unilatérales dans ses §§ 8 et 9. Le dernier des deux textes vise les hypothèses de résiliation par le cocontractant (i/ pour défaut de coopération du maître d'ouvrage équivalant à un retard d'acceptation, § 293 ss. BGB; ii/ pour défaut de paiement d'une somme due ou pour retard dans l'exécution). Le premier concerne la résiliation par le maître d'ouvrage, dont il est fait état dans le tableau ci-dessous (tableau 3).

Tableau 3 : la résiliation de marchés de travaux en Allemagne

Motif de la résiliation	Indemnisation de l'entrepreneur	Autres pouvoirs du maître d'ouvrage
Sans motif (8 Nr. 1 [1])	Rémunération totale convenue après déduction des frais économisés (§ 649 BGB) (8 Nr. 1 [2])	
Cessation des paiements, demande d'ouverture/ ouverture/ refus d'ouverture (faute d'actifs) d'une procédure collective (8 Nr. 2 [1])	Prestations exécutées + coûts encourus et contenus dans les prix contractuels de la partie non exécutée de la prestation (8 Nr. 2 [2] 1 ^e phrase)	Indemnisation pour non exécution du reste de la prestation (8 Nr. 2 [2] 2 ^e phrase)
Écoulement infructueux du délai (fixé par le MO) de réparation des vices constatés durant l'exécution (4 Nr. 7 et 8 Nr. 3 [1])	Prestations exécutées (BGH, 9 mars 1995, VIII ZR 23/93, BauR 1995, p. 545)	Achèvement des travaux par un tiers aux torts du cocontractant + indemnisation du préjudice (éventuel) subséquent (8 Nr. 3 [2], 1 ^e phrase) <i>ou</i> Abandon des travaux (lorsque leur poursuite ne présente plus aucun intérêt) + indemnisation pour non exécution (8 Nr. 3 [2], 2 ^e phrase)
Écoulement infructueux du délai (fixé par le MO) de reprise des travaux en cas de sous-traitance non autorisée (4 Nr. 8 [1] et 8 Nr. 3 [1])	Prestations exécutées (BGH, 9 mars 1995, VIII ZR 23/93, BauR 1995, p. 545)	- > -
Écoulement infructueux du délai (fixé par le MO) d'exécution conforme du contrat (en cas de retard dans le commencement ou dans l'achèvement des travaux ou de non respect de l'obligation de renforcer les moyens d'exécution lorsque ceux-ci s'avèrent insuffisants) (5 Nr. 4 et 8 Nr. 3 [1])	Prestations exécutées (BGH, 9 mars 1995, VIII ZR 23/93, BauR 1995, p. 545)	- > -
Accord anticoncurrentiel au stade de la passation (8 Nr. 4)	Prestations exécutées (mais rémunération raisonnable [ainsi : Vygen in Ingenstau/Korbion (2004), § 8 Nr. 4 VOB/B, n° 13])	- > -

¹⁰³ Sur la mise en œuvre de ce calcul, Locher, op.cit., p. 56.

¹⁰⁴ Locher op.cit., p. 55 ; Sticker/Fehrenbach, Die Kündigung von Bauverträgen, 2004, n° 21.

¹⁰⁵ Locher op.cit., p. 26 ; Vygen in Ingenstau/Korbion, VOB Kommentar, 2004, 15^e éd., B Vor §§ 8 und 9, nos 39 et ss.

¹⁰⁶ Locher op.cit., p. 146 ; Korbion/Hochstein/Keldungs op.cit., nos 348 et ss. ; Wirth in Ingenstau/Korbion VOB Kommentar, 2007, 16^e éd., B § 13 Nr. 6, nos 80 et ss.

À partir du § 8 Nr. 3 [1] VOB/B, la jurisprudence a admis la résiliation pour motif grave lorsque la poursuite du contrat s'avère intolérable pour le maître d'ouvrage, solution maintenue même après l'introduction du § 314 BGB¹⁰⁷. Il en va de même s'agissant du cocontractant¹⁰⁸.

3.2. Les aléas exogènes

En dehors des implications des aléas exogènes sur la responsabilité contractuelle, la question s'est très tôt posée de savoir si une adaptation du contrat est nécessaire en cas de changement des circonstances qui en rendent l'exécution intolérable pour l'une des parties (*clausa rebus sic stantibus*) puisque dépassant radicalement le risque qui lui incombe en vertu du contrat ou de la loi. Faute de disposition expresse dans le BGB, la jurisprudence a dégagé une solution dans ce sens (théorie des « troubles du fondement de l'acte juridique », « Störung der Geschäftsgrundlage ») sur le fondement du principe de bonne foi (§ 242 BGB). La loi du 26 novembre 2001 portant réforme du droit des obligations a codifié cette solution dans le § 313 BGB¹⁰⁹. Dans sa version 2006, le § 2 Nr. 7 (1) VOB/B se réfère à cette disposition, à propos des marchés conclus à prix forfaitaire : « lorsque la prestation réellement exécutée diffère de la prestation contractuellement prévue de manière tellement considérable que le prix forfaitaire ne puisse pas être maintenu, une compensation doit être accordée sur demande après prise en compte de l'augmentation ou de la diminution des coûts »¹¹⁰. En pratique, cette différence est souvent due à une erreur mutuelle dans la fixation de l'étendue de la prestation¹¹¹ ou à des hausses imprévisibles des prix¹¹².

En dehors des hypothèses visées par le VOB/B, le tribunal régional (LG) de Munich a fait application du § 313 BGB pour interpréter une clause de « loyauté » contenue dans un marché public de transport de déchets¹¹³. Il a été jugé qu'un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes¹¹⁴ constituait un événement imprévisible au sens de la clause en question de nature à rendre l'exécution du marché intolérable pour le pouvoir adjudicateur et de lui conférer droit à résiliation selon le § 313, al. 3 BGB.

4. Le cas anglais

Il n'existe pas en droit anglais de pendant du corpus français des « règles générales applicables aux contrats administratifs ». En matière des marchés publics « traditionnels » de travaux, l'allocation des risques liés aux aléas d'exécution est en principe régie par la *lex contractus*. De manière générale, la quasi-totalité des « contrats-types » (« Standard Forms »), communément utilisés dans l'industrie de la construction, comprennent des stipulations dans ce sens. Dans le silence du contrat, la législation spéciale, essentiellement le Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996 (HGCR 1996), s'avère peu explicite¹¹⁵, les règles générales du droit des contrats trouvent donc à s'appliquer. Ainsi, par exemple, le juge, bien que s'attachant en principe aux seules clauses expressément stipulées (« express terms »), recherchera, en cas de difficulté d'interprétation, d'éventuelles clauses implicites (« implied terms ») par

¹⁰⁷ Kapellmann/Langen, Einführung in die VOB/B, 2006, 15^e éd., n° 149 et 150 ; Vygen in Ingenstau/Korbion op.cit., B § 8 Nr. 3, n° 17 et ss.

¹⁰⁸ Kapellmann/Langen, op.cit., n° 160 ; Stückler/Fehrenbach, op.cit., n°s 464 et ss.

¹⁰⁹ 313 BGB : « (1) Si les circonstances devenues le fondement contractuel ont profondément changé après la conclusion du contrat, de sorte que les parties n'auraient pas conclu le contrat ou l'auraient conclu avec un autre contenu, si elles avaient prévu ce changement, une adaptation dudit contrat peut être demandée, dans la mesure où son exécution tel qu'il avait été stipulé à l'origine ne peut être imposée à l'une des parties, eu égard à tous les faits de l'espèce et notamment à la répartition conventionnelle ou légale des risques. (2) Il y a lieu d'assimiler au changement des circonstances le fait que les représentations essentielles devenues le fondement contractuel se sont révélées inexactes. (3) Si l'adaptation du contrat n'est pas possible ou si elle est insupportable à l'une des parties, le cocontractant défavorisé peut résoudre le contrat. Dans les contrats à exécution successive le droit à la résiliation remplace le droit à la résolution » (traduction M. Pédamon). Une disposition analogue est contenue dans le § 60 de la loi fédérale sur la procédure administrative non contentieuse à propos des contrats administratifs.

¹¹⁰ Voir Putzier, Anpassung des Pauschalpreises bei Leistungsänderung, BauR 2002, p. 546. La question du sort des marchés conclus à prix unitaires ne pose pas des problèmes pratiques et est expressément réglée par le § 2 Nr. 3 VOB/B.

¹¹¹ Kapellmann/Langen, op.cit., n° 66.

¹¹² Locher, op.cit., p. 166.

¹¹³ LG München, 20 décembre 2005, VergabeR 2006, p. 268.

¹¹⁴ CJCE, 18 novembre 2004, Commission /RFA, aff. C-126/03.

¹¹⁵ Généralement, la deuxième partie de cette loi, adoptée à la suite du fameux rapport Latham (HMSO 1994), porte principalement sur les questions relatives au paiement et à la résolution non contentieuse des litiges d'exécution (adjudication). Au regard de l'absence d'un mécanisme d'« exception d'inexécution » en droit général des contrats, on peut, tout de même, retenir la section 112 de la loi établissant un droit de suspension de l'exécution en cas de non paiement d'une somme due dans les délais contractuellement fixés et en conformité avec les dispositions des sections 109 ss. de cette même loi.

référence à la nature même du contrat ou, le cas échéant, à la volonté du législateur¹¹⁶. De même, les clauses essentielles (« conditions »), allant « au cœur même du contrat » et dont la violation par l'une des parties confère à l'autre droit à résiliation unilatérale, seront distinguées des clauses accessoires (« warranties »), dont la violation permet seulement de demander dommages et intérêts. Tout cela, bien évidemment, dans le but d'assurer l'efficacité économique du lien contractuel.

4.1. Les aléas endogènes

A- La modification unilatérale

Le principe en Common Law est que la modification d'un contrat résulte d'un commun accord des parties (supporté par une « consideration »), sauf si ces dernières y ont inséré une clause de modification unilatérale. Tous les « standard forms » des marchés de construction contiennent une telle clause, connue comme « Variation Clause ». Ainsi, selon la « condition » 40 GC/Works/1 (1998) With Quantities, le maître d'œuvre (Project Manager) peut émettre un ordre de modification (Variation Instruction, VI), avec lequel le cocontractant est tenu de se conformer. Cet ordre peut porter sur « tous ou chacun des spécifications, des dessins ou des devis quantitatifs, ou la conception, la qualité ou la quantité des travaux ». Son émission peut entraîner une extension des délais d'exécution¹¹⁷. Le cocontractant sera indemnisé sur la base d'une formule d'évaluation des VI fondée sur les prix contractuels ou, en dernier lieu, sur des indemnités journalières¹¹⁸. En l'absence de telle formule, il aura droit à une compensation raisonnable. L'étendue des modifications n'est pas précisée par les « standard forms ». Bien qu'il n'existe pas d'interdiction de « cardinal changes » comme en droit fédéral américain, il est admis qu'une modification ne doit pas altérer les caractéristiques essentielles du contrat¹¹⁹ : « if a man contracts to work by a certain plan, and that plan is so entirely abandoned that it is impossible to trace the contract, and say to what part of it the works applied, in such case the workman shall be permitted to charge for the whole work done by measure and value as if no contract at all had ever been made »¹²⁰. Il s'agira en d'autres mots d'un nouveau contrat, auquel cas le cocontractant sera rémunéré sur la base du quantum meruit (« autant que mérité »)¹²¹. Le critère de délimitation n'est pas certain, ce dont témoigne l'affaire *Mc Alpine Humberoak Ltd v Mc Dermott International Inc* ([1992] 58 BLR 1) : les documents sur la base desquels les requérants avaient formulé leur offre comptaient 22 dessins. Après le commencement d'exécution, des modifications ont porté ce nombre à 166. En première instance, il fut jugé que ces modifications équivalaient à un nouveau contrat mais la Court of Appeal décida qu'elles tombaient sous le coup d'une « Variation Clause » stipulée dans le contrat. Les travaux additionnels indispensables ne sont pas rémunérés lorsqu'ils font partie de l'obligation globale du cocontractant d'exécuter le contrat¹²². Il en va différemment des travaux supplémentaires d'urgence (« Emergency Works » tels que définis par ex. par la « condition » 54 (2) GC/Works/1 (1998) With Quantities) exigés par le maître d'œuvre¹²³.

En l'absence de « Variation Clause », une nouvelle négociation est nécessaire avant toute modification. Il est toutefois à penser qu'une clause implicite permettant des modifications unilatérales mineures serait envisageable¹²⁴. Dans ce cas, le principe de compensation raisonnable serait applicable.

¹¹⁶ Selon Uff/Hughes (Chitty on Contracts, 2004, 29^e éd., vol. II, nos 37-067 et s.), en matière des contrats de construction, les « implied terms » les plus importants dégagés par la jurisprudence sont : l'obligation du maître d'ouvrage de ne pas entraver l'entrepreneur à réaliser les travaux selon les stipulations du contrat et de manière « régulière et correcte » ; l'obligation de coopération entre les parties contractantes ; l'obligation de l'entrepreneur de réaliser les travaux « using all proper skill and care » ; l'obligation de prévenir l'autre partie en cas de danger imminent ; l'obligation de l'entrepreneur de fournir des matériaux appropriés et de réaliser un ouvrage conforme à sa destination.

¹¹⁷ Voir « condition » 36 (2) (a) GC/Works/1 (1998) With Quantities.

¹¹⁸ Voir les « conditions » 41 et ss. GC/Works/1 (1998) With Quantities.

¹¹⁹ Wilmot-Smith, *Construction contracts*, 2006, n° 14.06 et s.; Uff, *Construction Law*, 2005, 9^e éd., p. 277; Murdoch/Hughes, *Construction Contracts*, 1996, 2^e éd., p. 216. Voir aussi l'affaire *Parkinson (Sir Lindsay) & Co Ltd v. Commissioners of His Majesty's Works and Public Buildings* [1948] 2 KB 632 (pour une approche critique : Wilmot-Smith, op.cit., n° 3.16 et s.).

¹²⁰ *Lord Keynon in Pepper v Burland* [1792] 1 Peake NP 139 ; *Thorn v London Corporation* ([1876] 1 App. Cas. 120).

¹²¹ En dehors des ouvrages cités, voir Charett, *Quantum Meruit Claims in Construction Law*, BDPS News, 9/2002, p. 6. Le fondement contractuel ou quasi-contractuel de l'action en quantum meruit reste discuté : voir les observations de Robert Goff in *British Steel Corporation v. Cleveland Bridge and Engineering* [1984] 1 All ER 504 (509).

¹²² *Sharpe v San Paulo Railway* [1873] LR 8 Ch. App. 597

¹²³ Selon les auteurs du *Keating on Building Contracts*, 1995, 6^e éd., p. 96, les « Emergency Works » effectués à l'initiative du le cocontractant seront également rémunérés même en l'absence de stipulation contractuelle dans ce sens.

¹²⁴ Murdoch/Hughes, op.cit., p. 216.

B- La résiliation unilatérale

Dans le silence du contrat, sa résiliation (« termination ») peut en principe résulter d'un commun accord des parties (supporté par une « consideration »). Cependant, une résiliation unilatérale pour faute de l'un des cocontractants (« breach of contract ») est possible. Cette faute doit consister soit en une violation fondamentale du contrat (« fundamental breach »), ce qui est le cas de la violation d'une clause essentielle (« condition »), soit en un refus express ou implicite d'exécuter le contrat (« repudiation »), ce refus pouvant par ailleurs se dégager d'une violation fondamentale. Dans les deux cas, le cocontractant « innocent » peut (mais n'est pas tenu de) mettre fin au contrat ou, plus précisément (McKendrick (Contract Law, 2005, 6^e éd., p. 392), à son exécution ; la résiliation opère donc pour l'avenir¹²⁵ sans que d'éventuelles demandes indemnitaires soient affectées.

Les « standard forms » reprennent, en les détaillant, les hypothèses de comportement fautif (« default ») mais distinguent selon qu'il s'agit du maître d'ouvrage (Employer) ou de l'entrepreneur (Contractor). Dans ce dernier cas, le maître d'ouvrage peut prononcer la déchéance de son cocontractant (« to terminate the contractor's employment »), mais le contrat lui-même reste intacte¹²⁶ : le maître d'ouvrage est libre d'engager une autre entreprise afin d'achever les travaux et/ou de demander la cession des sous-contrats, dont les titulaires seront payés directement et aux torts de l'entrepreneur déchu¹²⁷. Il s'agit évidemment d'une option, le maître d'ouvrage pouvant décider de ne plus continuer avec les travaux et mettre ainsi fin au contrat. Les « standard forms » élargissent, par ailleurs, les hypothèses de résiliation unilatérale à des cas où aucune exécution fautive n'est à démontrer (par ex. faillite de l'entreprise, corruption, appel non autorisé à des sous-traitants, etc.). Il n'est pas certain qu'un marché puisse stipuler que toute violation d'une obligation contractuelle donne droit à résiliation unilatérale (ce qui peut être le cas en cas de non utilisation des « standard forms »). Par un arrêt du 26 juillet 2000, la Court of Appeal jugea, à propos de deux marchés de maintenance passés par une collectivité locale, qu'une telle clause est à interpréter comme visant une violation fondamentale, ce qui revient à faire application de la théorie générale¹²⁸.

Une résiliation unilatérale sans motif n'est envisageable que si elle est prévue dans le contrat. Certains « standard forms » (par ex. GC/Works, « condition », 56 (8)) contiennent une telle clause connue comme « Break Clause ». Selon cette dernière, le cocontractant sera essentiellement payé pour les travaux effectués et le maître d'ouvrage ne pourra pas lui faire supporter les coûts d'achèvement des travaux¹²⁹. Dans le domaine des marchés de travaux conclus par l'administration, il est admis qu'en l'absence de « Break Clause », il n'existe pas de pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général¹³⁰. La question se pose de savoir si un tel pouvoir peut se fonder sur l'interdiction faite à l'administration de limiter par contrat sa liberté d'action conférée par le Common Law (dans le cas de la Couronne) ou par la loi (s'agissant des statutory bodies). Les applications faites de cette théorie sont devenues célèbres¹³¹, mais il n'est pas certain qu'elles puissent donner une solution satisfaisante : d'une part, tout contrat est de nature à limiter, d'une façon ou de l'autre, le pouvoir discrétionnaire de l'administration¹³² ; d'autre part, sur quel fondement le cocontractant peut-il prétendre à l'indemnisation de ses pertes ?¹³³

¹²⁵ Sur les modalités d'exercice du droit de résiliation en droit des contrats : McKendrick, Contract Law, 2005, 6^e éd., p. 394 ss.; en droit de la construction : Wilmot-Smith, op.cit., n^{os} 12.41 ss.; Uff, op.cit., p. 201 ss.

¹²⁶ Uff, op.cit., pp. 202, 387 (pour le contrat type JCT) et 430 (pour le contrat type ICE).

¹²⁷ Voir « condition » 57 (1) (b-d) GC/Works/1 (1998) With Quantities.

¹²⁸ Face aux critiques contre cet arrêt, McKendrick (Contract Law : Texts, Cases & Materials, 2005, 2^e éd., p. 984) suggère que les parties précisent expressément que « toute violation (qu'elle soit ou non fondamentale) ouvre droit à résiliation unilatérale ».

¹²⁹ Sauf si le contrat en dispose autrement ; voir à propos d'un marché passé par une collectivité locale mais résilié par cette dernière au motif du manque d'autorisation d'intervention de sous-traitants : Thomas Feather & Co (Bradford) Ltd v Keighley Corporation (1953) 53 LGR 30.

¹³⁰ Turpin, Government Procurement and Contracts, 1989, p. 243.

¹³¹ Rederiaktiebolaget Amphitrite v The King ([1921] 3 KB 500) ; Cory v London Corporation ([1951] 2 All ER 85), cet arrêt se référant à une situation qualifiable de fait du prince en droit français.

¹³² Turpin, British Government and the Constitution, 2002, 5^e éd., p. 620 et s.; Davies, Le droit anglais face aux contrats administratifs : en l'absence de principes généraux garantissant l'intérêt public, une maison sans fondation, RFDA, 2006, p. 1039 (1043 et ss.); du même auteur, Ultra Vires Problems in Government Contracts, LQR, 2006, p. 98 et ss. (104 et ss.). Et comme Rowlat J l'a posé dans l'arrêt Amphitrite susmentionné : « No doubt the Government can bind itself through its Officers by a commercial contract, and if it does so it must perform it like anybody else or pay damages for the breach ».

¹³³ Pour une présentation des alternatives : Craig, Administrative Law, 2003, 5^e éd., p. 545 et ss.

4.2. Les aléas exogènes

En Common Law, les implications des aléas exogènes sur le lien contractuel sont principalement traitées à travers la théorie de « frustration ». Selon la formule classique, un contrat devient « frustrated », lorsque, après sa conclusion, surviennent des événements qui en rendent l'exécution impossible (impossibility), illégale (illegality) ou quelque chose radicalement différent de ce que les parties s'étaient initialement convenues (frustration of purpose). La théorie de « frustration » englobe de la sorte les concepts prétoriens développés par le juge administratif français mais est d'une application rare dans le domaine de la construction¹³⁴. Des difficultés financières dues à un mauvais « bargain » ne sont pas constitutives de « frustration », ce dont témoigne le célèbre arrêt *Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council*¹³⁵. L'application de la théorie ne conduit pas à une adaptation du contrat, mais à sa résiliation : « frustration kills the contract ». Le sort des demandes indemnitaires est réglée par la Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943.

La rigidité de la théorie de « frustration » conduit les professionnels à insérer dans les contrats des « hardship clauses » ou des « force majeure clauses » permettant une renégociation ou/et une extension des délais. Ainsi, le GC/Works se fonde sur la notion des « Accepted Risks », risques acceptés par le maître d'ouvrage et auxquels sont assimilés parfois d'autres événements imprévisibles, dont la survenance entraîne l'obligation d'allonger des délais d'exécution (« condition » 36 (2)) et de rembourser les dépenses (« loss or damage ») en découlant (« condition » 19 (5)).

En dehors des hypothèses susmentionnées, le Government Accounting Manual permet à l'administration d'accorder à ses cocontractants une compensation « gracieuse » (ex gratia relief), non prévue par le marché, en cas d'événement de « hardship ».

5. Le cas des Etats-Unis

Aux Etats-Unis, la réglementation fédérale et la jurisprudence donnent au cocontractant de l'administration un droit au maintien de l'équilibre du contrat dans un cadre plus restrictif que dans le cas français : le droit à ajustement équitable du contrat, qui conduit à une compensation des charges supplémentaires, est une contrepartie du droit de la personne publique d'imposer des changements unilatéraux dès lors qu'ils ont pour effet d'aller au delà des limites du contrat (« *scope of the contract* ») (5.1.) sans toutefois constituer un « *cardinal change* » (5.2.)

5.1. « *Equitable adjustment* » et « *changes order* »

Aux Etats-Unis, la notion d'ajustement équitable semble la plus immédiatement proche de la problématique de l'équilibre financier. Or, l'ajustement équitable est lié à l'exercice du pouvoir de modification (*changes order*) du contrat par la personne publique.¹³⁶

Elle est en effet prévue à titre principal dans la partie 43 (*Contract Modification*) du *Federal Acquisition Regulation*. La modification unilatérale ne dispense pas le cocontractant de son obligation d'exécuter le contrat, sauf si le contrat est du type « *coûts remboursés* » ou « *incrementally funded* » et si la poursuite de l'exécution conduit à des coûts supérieurs aux plafonds prévus dans le FAR (FAR 43.301(b)). Les coûts additionnels sont régis par des principes comptables que le FAR énonce, mais qui donnent lieu à des positions jurisprudentielles diverses (*infra*).

Elle est également prévue dans les dispositions de la partie 11 (*Describing Agency Needs*), sous-partie 11.7 (*Variation in Quantity*) du FAR relatives aux marchés de fourniture (art. 11.701 – *Supply Contracts*) et aux marchés de travaux (art. 11.702 – *Construction Contracts*). Dans ce dernier cas, sont touchées les variations de + ou - 15 % des quantités d'éléments à coût unitaire dans les marchés à prix forfaitaire ; plus précisément, un ajustement équitable peut être demandé par l'une ou l'autre des parties au contrat lorsqu'un écart d'au moins 15 % (à la baisse ou à la hausse) sépare les quantités estimées et les quantités réelles.

¹³⁴ Wilmot-Smith, op.cit., nos 8.16 et ss. Pour une vieille application voir : *Metropolitan Water Board v Dick, Kerr & Co Ltd* ([1918] AC 119), à propos d'un marché forfaitaire pour la construction d'un réservoir dans un délai de 6 ans mais interrompu par le gouvernement à la suite de la première guerre mondiale.

¹³⁵ ([1956] AC 696).

¹³⁶ Plus précisément le changement peut être *unilatéral* (proche de la notion française de pouvoir de modification unilatérale) ou *bilatéral* (dans ce cas il se traduit par un avenant au contrat : « *A bilateral modification (supplemental agreement) is a contract modification that is signed by the contractor and the contracting officer* », (FAR – 43.103 (a))

L'ordre donné par la personne publique de réaliser des travaux non prévus au contrat relève de la doctrine du *constructive change* :

« *il y a en règle générale changement constructif lorsque le Gouvernement, commande expressément ou implicitement au cocontractant de réaliser des travaux qui n'étaient pas prévus dans les documents constitutifs du contrat* », (Lathan, 20 Cl. Ct. at 128 ; *SIPCO Services & Marine*, Fed. Cl., 17/04/98).

La règle du « *constructive change* » est d'ouvrir droit à compensation des charges supplémentaires en contrepartie de la poursuite de l'exécution du contrat.

5.2. Le « *cardinal change* » ou la mort du contrat

Le pouvoir de modification unilatérale est, comme en France, borné par l'équilibre du contrat : une modification qui constitue un « *cardinal change* » libère le cocontractant de ses obligations. A cet égard, il importe de préciser que la notion de *cardinal change* du contrat est absente du *Federal Acquisition Regulation* : il s'agit d'une création jurisprudentielle dont la teneur est précisée dans *Allied Materials & Equipment Co. v. United States*, 569 F.2d 562, 563-64 (Ct. Cl. 1978) qui précise qu'il y a changement cardinal du contrat :

« *lorsque le Gouvernement effectue une altération si drastique de la prestation qu'elle exige effectivement du cocontractant qu'il s'exécute d'obligations matériellement différentes de celles qui ont été initialement négociées. Par définition, un changement cardinal est alors si profond qu'il n'est pas susceptible d'être corrigé sous le contrat et qu'il met le Gouvernement en position de rupture.* »¹³⁷

Un changement cardinal est donc la source d'une rupture matérielle qui libère le cocontractant de ses obligations contractuelles, y compris celles prévues par le *Contract Disputes Act* (CDA) (*Alliant Techsystems, Inc. v. United States*, 178 F.3d 1260, 1276 (Fed. Cir. 1999), *General Dynamics Corp. v U.S.*, 585 F.2d 457, 452(Ct. Cl. 1978)). Pour le juge, déterminer si un changement cardinal a eu lieu est une question de fait ; cela suppose d'analyser chaque espèce individuellement à la lumière de l'ensemble des circonstances (*Allied Materials & Equipment*, 569 F.2d at 565).

2. Typologie des situations d'aléas versus pragmatisme dans le traitement des coûts supplémentaires

Les notions jurisprudentielles françaises d'imprévision, de sujétions imprévues ou de force majeure n'ont pas d'équivalents directs dans le droit des Etats-Unis. Plutôt que d'une typologie des sources du risque (extérieur ou non au contrat) et de leur prévisibilité (ou de leur irrésistibilité), la réglementation et la jurisprudence administratives américaines se caractérisent par une autre logique d'évaluation de l'altération et du déséquilibre du contrat : *détermination des coûts imputables au contrat* (FAR, partie 31- *Contract Costs Principles and Procedures*) ; *procédure à suivre pour une demande d'ajustement du contrat* (justifier les raisons, chiffrer les coûts, subpart 50.3 – *Contract Adjustment*, notamment 50.303) ; *conséquences de l'exercice de la changes clause* (changement unilatéral). Plus précisément, le traitement par le juge des demandes d'ajustement équitable opère de manière concomitante comme un problème de droit (à compensation) et de fait (« computation » et « preuve » calculées des coûts). En effet, pour établir un droit à compensation via un ajustement équitable, le demandeur est tenu d'établir la preuve de la responsabilité (*liability*), de la causalité (*causation*) et du dommage (*resultant injury*), c'est-à-dire des coûts supplémentaires (*SIPCO*, Fed. Cl., 1998, citant *Ralph L. Jones, Electronic & Missile Facilities v. U.S.*, 189 Ct. Cl. 1969 ; *Wunderlich Contracting v. U.S.*, 173 Ct. Cl. 1965). Or, aussi bien les *Boards of Contract Appeals* que les tribunaux judiciaires fédéraux ont développé des procédés d'évaluation des coûts dans leur traitement de l'ajustement équitable¹³⁸

Section 3 – Le contentieux du contrat public : analyse comparée entre les Etats-Unis et la France

L'étude de l'exécution altérée et de l'équilibre du contrat est habituellement menée en termes jurisprudentiels, dans une perspective centrée sur la qualité normative des décisions importantes. Nous procédons ici à une étude du contentieux du contrat dans deux cas : d'une part celui des litiges portés devant le *General Services Board of Contract Appeals* (GSBCA) et, d'autre part, celui des différends portés devant les Cours administratives d'appel et le Conseil d'Etat. La méthode a consisté à recueillir avec

¹³⁷ « (...) when the government effects an alteration of the work so drastic that it effectively requires the contractor to perform duties material[ly] different from those originally bargained for. By definition, then a cardinal change is so profound that it is not redressable under the contract and thus renders the government in breach. »

¹³⁸ C. Tiefer et W. A. Shook, *Government Contract Law*, Carolina Academic Press, 2nd Ed., 2004. Voir la section 2 du chapitre 6 : « Computation and Proof of Equitable Adjustments », pp. 345 et suiv.

exhaustivité les décisions rendues au cours d'une période donnée¹³⁹ et à rechercher des régularités dans le contentieux de l'exécution du contrat : distribution du contentieux par type de contrat, matière économique du litige, type de décision de la personne responsable du marché, etc. Cette première étude a été complétée par celle du style de la décision du juge administratif et de l'articulation des références légales et matérielles dans la motivation du juge. Par références matérielles, nous entendons, suivant Max Weber, les dimensions économiques, financières, comptables et factuelles constitutives de la matière litigieuse.

1. Objet d'une étude du contentieux comparé

L'objet d'une étude du contentieux du contrat public est de mettre en évidence à la fois la matière contentieuse aux Etats-Unis et en France et d'analyser le raisonnement du juge du contrat sur des cas d'exécution altérée. En outre, une telle étude vise à analyser les solutions données par les tribunaux et à analyser l'articulation des références légales et des considérations factuelles dans les décisions des juridictions administratives.

1.1. La matière contentieuse : des profils différents

On observe que la part des marchés de travaux dans le contentieux est beaucoup plus élevée en France qu'aux Etats-Unis¹⁴⁰, où les marchés de service sont les plus litigieux et que le caractère litigieux du contrat selon son type est en rapport avec la complexité de son objet. De manière générale, les marchés de travaux comportent la mise en œuvre d'opérations parfois délicates et sont soumis plus fréquemment que d'autres à la réalisation d'aléas difficilement prévisibles. Pareillement, les marchés de services sont souvent plus complexes que les marchés de fournitures. Quant aux concessions de service public, leur caractère litigieux est moins prononcé que celui des marchés de travaux et de services, mais plus que celui des marchés de fournitures. La faible proportion du nombre de concessions de service public conclues par rapport aux marchés ainsi que la plus grande sophistication de leurs clauses expliquent qu'elles ne représentent que 11,8 % des contrats litigieux.

Dans le cas des Etats-Unis, la part des marchés de services dans les contrats contentieux est la plus élevée (39% des arrêts), et les marchés de travaux représentent un peu plus d'un quart de l'ensemble.

S'agissant des causes du contentieux, on peut noter des traits particuliers à chaque système : les travaux supplémentaires concernent, aux Etats-Unis, les marchés de service alors qu'en France ils sont avant tout relatifs aux marchés de travaux. De plus, le défaut de respect des spécifications techniques apparaît comme la cause principale du contentieux du contrat de travaux aux Etats-Unis, alors qu'il n'en représente qu'une faible part en France.

S'agissant de la nature économique du contentieux, appréciée au regard des moyens du pourvoi, on peut constater dans le cas français qu'elle se répartit en trois grands groupes : les demandes d'indemnité, les demandes d'ajustement, de révision ou de règlement du prix et les demandes de dommages et intérêts. Ces trois grands axes forment 88,23 % de l'ensemble. Les demandes d'indemnité représentent à elles seules 60,8% du total des demandes.

Là encore, pour les trois principaux chefs de réclamation, ce sont les marchés de travaux qui prédominent, dans des proportions du reste assez fortes (67,7 % dans le cas d'une demande d'indemnité, 62,5 % dans le cas d'une demande d'ajustement, de révision ou de règlement du prix et 66,6 % dans l'hypothèse d'une demande de dommages et intérêts).

Dans le cas du contentieux américain, les profils économiques des demandes adressées par les cocontractants au GSBCA sont distincts selon qu'il s'agit de marchés de travaux, de marchés de services et de marchés de fournitures. Les demandes d'« ajustement équitable » du contrat émanent exclusivement de titulaires de marchés de travaux, alors que les titulaires de marchés de services sont majoritairement engagés dans des conflits relatifs aux prix et aux coûts de revient. Ils sont également concernés au premier chef par les décisions de résiliation pour faute. Les marchés de fournitures sont marqués par la prédominance des conflits sur les prix donnant lieu, pour certains d'entre eux, à des demandes de

¹³⁹ L'année 2005 pour les décisions du GSBCA et les années 2004 et 2005 pour les décisions des Cours administratives d'appel et du Conseil d'Etat. La période plus longue dans le cas français se justifie par le souci d'équilibrer le nombre de décisions analysées dans les deux cas : 41 arrêts au fond du GSBCA et 51 arrêts des juridictions françaises rendus dans des espèces où la requête comprenant au moins un moyen fondé sur l'imprévision, les sujétions imprévues ou la force majeure. Les décisions ont été recueillies sur le site internet du GSBCA et sur la base ARIANE. Pour plus de détails, nous renvoyons à la note de travail de T. Kirat et L. Vidal, *Le contentieux de l'exécution du contrat public : étude comparée entre la France et les Etats-Unis*, avril 2007.

¹⁴⁰ La part des marchés de travaux dans le contentieux du contrat est de 60,8% en France et de 26,8% aux Etats-Unis.

remboursement du trop perçu suite à la découverte par la personne publique de l'existence d'un « *defective pricing* ».

Les deux pays se différencient nettement sur la nature de la décision de la personne responsable du marché, contestée par le cocontractant : une décision de résiliation (pour faute ou pour « convenance du gouvernement ») est à l'origine de plus du tiers des recours formés devant le GSBCA, alors que c'est là un cas très rare dans le cas français (moins de 6% des motifs de recours).

Dans le contentieux français de l'exécution des contrats, deux types de causes principales se dégagent : les travaux ou frais supplémentaires et les désaccords sur les prix. Or, elles concernent avant tout les marchés de travaux. C'est là une source de différence importante avec la structure du contentieux du contrats aux Etats-Unis, où les prestations supplémentaires concernent avant tout les marchés de services, alors que la principale cause du contentieux des marchés de travaux est le non-respect des spécifications techniques, qui en France constituent qu'une cause mineure des conflits portés devant le juge administratif.

1.2. L'issue du contentieux : une commune sévérité du juge du contrat

La prise en considération de l'issue des procédures contentieuses dans les deux pays conduit à conclure à une même sévérité du juge du contrat vis-à-vis des cocontractants de la puissance publique.

S'agissant de l'issue des procédures devant le GSBCA, il apparaît que les décisions de rejet (*deny of the appeal*) sont majoritaires (25 cas sur 41) et les décisions d'acceptation peu nombreuses (6 cas sur 41), les dix cas se répartissant dans des décisions diverses. La quasi totalité des requêtes basées sur les questions du respect des spécifications techniques et des aléas touchant les conditions d'emploi du personnel donnent lieu à décision de rejet. Le juge du contrat désavoue très rarement les décisions des personnes responsables des marchés, particulièrement en matière de résiliation du contrat aussi bien pour faute que pour « *convenience of the government* ». Quant aux demandes d'ajustement équitable, elles se soldent dans 5 cas sur 7 par une décision de rejet.

Dans le cas français, l'analyse des arrêts a pu être complétée par l'étude des conclusions du commissaire du gouvernement à la section du contentieux du Conseil d'Etat.¹⁴¹ S'agissant des arrêts rendus, le rejet de la demande du cocontractant de l'Administration est prédominant (43%) en comparaison des cas dans lesquels sa requête fait l'objet d'une acceptation ou d'un rejet partiel (15,7%) ou d'une acceptation (3,9%). Dans ce dernier cas, le contraste est saisissant puisque le rapport des décisions d'acceptation par rapport aux rejets est de 1 à 9. De plus, 59% des décisions de rejet concernent les demandes d'indemnité, 22,7% les demandes d'ajustement, de révision ou du règlement du prix et 13,6% les demandes de dommages et intérêts.

2. La place des considérations économiques, financières et comptables dans les décisions des juridictions administratives

Au-delà de la description des litiges et de l'issue des procédures, il importe de comprendre la manière dont le juge américain et le juge français manipulent la matière contentieuse relative à l'équilibre du contrat.

2.1. Le langage du contentieux : des lexiques différenciés

L'étude du contentieux du contrat peut mettre en évidence la manière dont la matière contentieuse est traitée par les formations de jugement. Une telle étude a été menée afin de faire apparaître le style des décisions¹⁴² du juge américain et du juge français du contrat à travers une étude de la structure lexicale des arrêts. L'application d'un outil d'analyse statistique lexicale aux décisions rendues par les juridictions américaines et françaises permet à cet égard d'évaluer les registres lexicaux caractéristiques des arrêts et, ainsi, de prendre la mesure des dimensions légales et procédurales d'une part, factuelles et matérielles d'autre part dans le raisonnement du juge.

Dans le cas français, les dimensions légales et procédurales occupent plus de 45% du corpus de décisions, ce qui contraste avec le GSBCA dont les décisions accordent une place importante aux conditions d'exécution et aux coûts qui en découlent (tableau 4). De plus, les références légales sont, dans le cas du GSBCA, principalement liées aux précédents jurisprudentiels qui sont, conformément aux règles de motivation en vigueur, absents des arrêts français.

¹⁴¹ Les conclusions sont suivies dans 96% des cas et qu'on ne relève aucune divergence d'approche entre les formations de jugement et les commissaires du gouvernement appelés à conclure sur les affaires qui en traitent.

¹⁴² Sur le « style » des jugements, voir A. Tunc et A. Touffait, Pour une motivation plus explicite des décisions de justice notamment de celles de la Cour de cassation, R.D.C., 1974.

Tableau 4 – « Classes lexicales » constitutives des décisions du juge du contrat

GSBCA	CAA et Conseil d'Etat
Conditions d'exécution et coûts : 30,63%	Eléments légaux/procédures : 45,42%
Cadre légal et précédents jurisprudentiels : 29,95%	Conditions financières du contrat : 24,04%
Prix et négociation des prix : 22,57%	Direction du contrat par la personne publique : 20,84%
Evénements techniques : 8,59%	Conditions techniques d'exécution du contrat : 9,68%
Ventes aux enchères publiques : 8,26%	

On constate également que les dimensions factuelles (conditions de l'exécution du contrat) et matérielles (dimensions financières du contrat) ne représentent, dans le cas français, qu'environ un tiers de l'ensemble des lexiques utilisés dans les décisions. Dans le cas du GSBCA, l'examen des conditions de l'exécution du contrat (en termes de coûts et d'aléas techniques) et de celles dans lesquelles les prix sont négociés ou fixés, intervient pour 60% des lexiques constitutifs des décisions. Enfin, la référence à la direction du contrat par la personne publique, présente de manière significative dans les arrêts français, n'apparaît pas dans les décisions du juge américain.

2.2. Des « styles » de décision différenciés

Une analyse factorielle permet de mettre en évidence la manière dont les données lexicales du contentieux s'organisent. Cette étude conduit à faire apparaître la manière dont le contentieux est, sur le plan lexical structuré. Le tableau suivant (tableau 5) présente les deux premiers axes factoriels et leur contribution à l'explication de l'information contenue dans le corpus d'arrêts américains et français.

Tableau 5 : structure des axes factoriels

Axe 1	GSBCA (31%)	Evénements techniques	Cadre légal et précédents jurisprudentiels
	CAA et CE (55%)	Direction du contrat	Mentions procédurales
Axe 2	GSBCA (28%)	Conditions d'exécution (en termes de coûts) <i>marchés de travaux – marchés de services</i>	Prix – négociation des prix <i>marchés de fournitures</i>
	CAA et CE (24%)	Conditions techniques d'exécution <i>marchés de travaux – prestations d'études – sujétions imprévues</i>	Conditions financières du contrat : <i>concessions – délégations – maîtrise d'œuvre publique – force majeure</i>

N.B. : les mots en italiques sont statistiquement corrélés à la classe lexicale correspondante

On observe, dans le cas du contentieux devant le GSBCA, que les marchés de travaux et ceux de fournitures se distinguent nettement les uns des autres : la matière contentieuse des marchés de travaux est avant tout liée aux conditions de coûts et d'exécution des prestations, alors que celle des marchés de fourniture est du domaine de la convenance du prix. Dans le cas de la France les différents types de marchés se distribuent inégalement dans l'espace du contentieux : les concessions de travaux, les délégations de services publics et les contrats de maîtrise d'ouvrage sont plus proches du lexique des dimensions financières et de l'équilibre du contrat que les marchés de travaux et ceux d'études, qui sont associés au lexique des conditions d'exécution au point de vue technique. En effet, les arrêts relatifs aux travaux et études font davantage référence aux conditions d'exécution prévues dans les CCAG et à la direction des travaux par la personne publique (via les ordres de service) : les dimensions techniques et de direction des travaux l'emportent sur celles de l'équilibre financier du contrat, qui est par contre au coeur du contentieux des délégations.

2.3. Des différences de fond dans le traitement des aléas affectant l'exécution du contrat

Il apparaît que le contentieux français est davantage associé aux dimensions hiérarchiques et techniques des marchés de travaux et d'études, alors que dans le contentieux américain, la marque des références économiques est davantage présente, qu'elle porte sur les coûts d'exécution ou sur les prix des fournitures.

Les décisions du GSBCA donnent l'image d'un système juridictionnel ouvert aux faits, qu'il s'agisse de faits matériels ou de faits comportementaux. A cet égard, les demandes d'ajustement équitable sont instruites comme portant simultanément une dimension juridique et une dimension comptable. En d'autres termes, le juge américain ne procède pas de manière séquentielle, comme le juge administratif français aurait tendance

à le faire lorsqu'il statue sur le droit à indemnité du cocontractant de l'administration avant, le cas échéant, d'en fixer le montant. Le juge américain procède de façon synchrone, le jugement sur le droit à indemnité étant mené en même temps que le jugement sur l'évaluation des coûts présentés par le requérant.

Conclusion de la 2^{ème} partie

La distinction entre systèmes de common law et romanistes s'avère peu pertinente tant en matière de passation que d'exécution des contrats publics. De fortes similitudes existent entre les traits fondamentaux des régimes juridiques de l'exécution en vigueur en France, en Espagne et aux Etats-Unis, sous réserve cependant de spécificités nationales.

L'Allemagne et le Royaume-Uni représentent des cas particuliers qui se différencient plus ou moins fortement des trois pays précédemment cités, au-delà de l'application par ces deux pays du droit commun aux contrats des personnes publiques. Dans le cas de l'Allemagne, a été soulignée d'extrême complexité de l'architecture du système de réglementation et d'encadrement des contrats publics. Dans le cas du Royaume-Uni, la prédominance d'une sensibilité économique, exprimée par la doctrine de la « Value for Money », coexiste avec un manque d'unité de la réglementation et des dispositifs d'encadrement des contrats des personnes publiques.

Conclusion générale

En guise de conclusion, il est essentiel d'affirmer que la compréhension des pratiques du droit des achats publics constitue un préalable indispensable à toute démarche d'évaluation économique. Il y a lieu d'estimer également que l'encadrement réglementaire du contrat représente une garantie de prévisibilité des obligations réciproques et un gage de sécurité juridique, relativement à des formes plus « douces » d'encadrement, telles que celles des lignes directives et autre modalités de « guidance » telles que privilégiées au Royaume-Uni. En ce sens, il n'y a pas lieu de considérer la réglementation administrative comme ne constituant des procédures formelles ou « bureaucratiques » qui compromettrait l'efficacité économique qu'elle peut au contraire favoriser.

Dans la mesure où il a été possible de l'observer, il s'avère que la préoccupation d'efficacité opérationnelle des acteurs publics des systèmes de réglementation des achats publics n'est pas éloignée, sur le fond, du critère d'efficacité « allocative » voire, dans certains cas, « productive » ; la diffusion du principe d'allocation des risques à celle des parties la mieux à même de les assumer au moindre coût constitue un exemple de recherche d'efficacité en termes allocatifs, notamment dans le cadre de procédures négociées ou de dialogue compétitif. Le recours à des accords-cadres permettant aux fournisseurs de coopérer dans la durée avec les personnes publiques et, de réaliser des économies d'échelle, est une pratique qui va dans le sens de l'efficacité « productive » ; enfin, l'élargissement de la gamme des modalités juridiques d'acquisition publique donne aux cocontractants, privés et publics, la possibilité de choisir celle qui est la plus judicieuse au regard des besoins des uns et des autres. En d'autres termes, l'efficacité commande que soit pris en considération dans le rapport avantages-coûts de la capacité du cocontractant se maintenir à niveau d'efficacité économique dont l'autorité publique tirera profit.

Un certain nombre de questions susceptibles d'alimenter des recherches ultérieures peuvent, à l'issue de ce qui précède, être formulées :

- a) Les communications ou du moins la perméabilité entre les pratiques d'encadrement des contrats de droit privé et de droit public est un sujet qui peut retenir l'attention ; ainsi, certaines grandes entreprises s'inspirent des cahiers des clauses en vigueur dans les contrats publics pour encadrer leurs contrats avec des partenaires, notamment les sous-traitants. Inversement, le droit et la pratique des contrats publics peuvent s'enrichir des apports du droit et des pratiques des contrats privés ; l'adoption de certains mécanismes d'incitation et de pénalité dans des contrats complexes, globaux, et pluriannuels de la Défense est une illustration de pratiques contractuelles dans lesquelles la différence entre les pratiques, privées et publiques, s'estompent. Enfin, il serait du plus grand intérêt de procéder à une comparaison empirique, dans un secteur d'activité et pour des prestations similaires, des pratiques des contrats publics et des contrats privés. Le secteur qui se prête le plus directement à une telle étude est celui de la construction dans la mesure où l'on peut trouver des ouvrages sous maîtrise d'œuvre privée et publique.
- b) du point de vue institutionnel, il peut être du plus grand intérêt d'évaluer la pertinence et l'efficacité des systèmes institutionnels par lequel le droit du contrat est mis en œuvre : audit, rôle des organes de contrôle, règlement des différends, contrôle des coûts, accès de l'autorité publique aux données comptables etc. Il s'agirait de mieux situer l'encadrement technique et administratif des

contrats publics dans leur contexte institutionnel et d'en envisager les conséquences sur l'exécution.

- c) les effets des procédures alternatives mises à disposition des acheteurs publics et des entreprises pourraient faire l'objet d'études empiriques, dont on pourrait attendre une meilleure connaissance des procédures utilisées dans les différents domaines (travaux, fournitures, services) et par les différents types d'acheteurs publics (Etat, collectivités territoriales, personnes privées soumises à la réglementation des achats publics).
- d) Enfin, il peut être du plus grand intérêt de réaliser des études empiriques des contrats à coûts remboursés et à prix forfaitaire, notamment sur les risques contentieux dont ils sont porteurs ainsi que sur les coûts de renégociation et de règlement des différends.