



HAL
open science

L'indemnisation des surcoûts occasionnés par des difficultés d'exécution dans les marchés publics de travaux - à propos de quelques avancées récentes

Valentin Lamy

► **To cite this version:**

Valentin Lamy. L'indemnisation des surcoûts occasionnés par des difficultés d'exécution dans les marchés publics de travaux - à propos de quelques avancées récentes. Lexbase Public, 2022, 653. hal-04156430

HAL Id: hal-04156430

<https://hal.science/hal-04156430v1>

Submitted on 12 Jul 2023

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.

Copyright

L'indemnisation des surcoûts occasionnés par des difficultés d'exécution dans les marchés publics de travaux – à propos de quelques avancées récentes

Valentin Lamy

La question de l'indemnisation des surcoûts supportés par l'entrepreneur dans le cadre de l'exécution d'un marché de travaux a connu une importante actualité au cours de l'année 2021. Sans doute la crise économique consécutive à la pandémie de Covid-19 a-t-elle eu un double effet en la matière. Effet de mise en lumière des limites du droit des contrats administratifs à accompagner les entreprises du BTP face aux conséquences économiques de la pandémie [1]. Effet de prise de conscience des potentialités, peut-être sous-exploitées, de la commande publique comme instrument de relance économique [2]. Ceci tend, au moins partiellement, à expliquer les nouveautés textuelles et jurisprudentielles relatives au traitement des surcoûts occasionnés par les difficultés d'exécution dans les marchés publics. À l'évidence, ces évolutions ne concernent pas les seuls marchés de travaux, mais le choix de cantonner cette étude à ces derniers se justifie, d'une part par leur plus grande exposition aux aléas d'exécution que les marchés de fournitures ou de service, du fait de leur durée, de leur complexité ou de la pluralité d'acteurs qu'ils font intervenir (maître d'œuvre, cotraitants, sous-traitants...) et, d'autre part, parce qu'ils ont davantage été concernés que les autres par les mutations récentes qui seront étudiées ici.

Si l'on élargit la focale, l'impression qui domine est celle d'un droit des marchés qui tend à s'amender pour une meilleure prise en compte des intérêts financiers des titulaires. Il en va ainsi, par exemple, du plafonnement des pénalités de retard à 10 % du montant du marché ou du bon de commande, opéré par l'article 19.2.2 du nouveau CCAG Travaux (arrêté du 30 mars 2021, portant approbation du cahier des clauses administratives générales des marchés publics de travaux N° Lexbase : L9134L3P), ou encore du rappel, à l'article 13.6 du même CCAG, de l'interdiction des ordres de service à zéro euro, prévue à l'article 195 de la loi « PACTE » (loi n° 2019-486 du 22 mai 2019, relative à la croissance et la transformation des entreprises N° Lexbase : L3415LQK). Tout autant de mesures vues d'un bon œil par les entreprises du BTP [3] et qui confirment que le marché public n'est pas un pacte léonin, un contrat tout entier dominé par la puissance publique. Certes, le donneur d'ordres public dispose de prérogatives étendues dans la conduite de l'exécution du contrat, justifiées par les nécessités d'intérêt général qui s'y attachent, mais celles-ci se trouvent équilibrées par les droits, essentiellement indemnitaires, reconnus au cocontractant. De plus, sur la question particulière des difficultés d'exécution et des surcoûts qu'elles peuvent générer, le droit administratif des contrats offre, de longue date, des voies de droit moins escarpées que le droit privé pour obtenir une indemnisation : que l'on songe simplement aux théories des sujétions imprévues ou de l'imprévision pour s'en convaincre.

Cependant, il faut aussi noter qu'il s'agit là de normes de droit objectif, qui ont l'inconvénient de leur avantage : elles sont générales et susceptibles de s'appliquer à tous les marchés publics de travaux, mais ne sont pas suffisamment précises pour être véritablement opérationnelles en tant que telles. Par ailleurs, elles ont un champ d'application logiquement limité et ne peuvent concerner que des situations exceptionnelles et imprévisibles au moment de la signature du contrat, ce qui implique que dans des circonstances normales, les parties soient renvoyées au droit commun contractuel pour traiter les difficultés d'exécution. Dès lors, c'est naturellement le principe d'intangibilité, découlant de la force obligatoire, qui trouve à s'appliquer. Parce que le contrat est un acte de prévision économique des parties, celui-ci est, en principe, indifférent aux « aléas normaux du chantier » [4], ce que la jurisprudence appelait jadis les « chances du

commerce » [5]. Bien entendu, cet aspect rigide de la force obligatoire peut être atténué par le jeu des clauses contractuelles, mais c'est sans doute un domaine dans lequel la pratique contractuelle publique accuse un certain retard vis-à-vis des techniques contractuelles privées, toujours plus sophistiquées. Certes, la doctrine constate un certain rapprochement des pratiques et un raffinement progressif des stipulations des contrats publics permettant un traitement des aléas d'exécution plus consensuel [6], mais il est clair que le mouvement n'en est pas encore à une parfaite correspondance des techniques.

C'est dans ce contexte général que s'inscrivent les nouveautés 2021 de l'indemnisation des surcoûts dans les marchés publics de travaux. L'expérience de la crise sanitaire a suscité un certain bouleversement dans l'appréhension des circonstances imprévisibles, puisque face aux insuffisances constatées des règles de droit objectif, c'est sur le terrain contractuel que de telles circonstances pourront désormais être traitées, depuis l'entrée en vigueur des nouveaux CCAG (II). Mais la question du traitement des surcoûts en période normale a aussi fait l'objet d'une avancée jurisprudentielle notable, avec la décision du Conseil d'État « CMEG » (I).

I. En temps normal : une intangibilité adoucie par une atténuation de l'effet relatif des contrats

Nombreux sont les praticiens taçant la rigidité de la jurisprudence administrative quant à l'indemnisation des surcoûts d'exécution par le maître d'ouvrage. Il faut dire que, reposant sur une conception orthodoxe qu'il ne s'agira pas ici de contester, la voie de la responsabilité contractuelle apparaît embûchée (A). Cependant, en incurvant quelque peu la rigidité du principe de l'effet relatif des contrats, une nouvelle voie a été ouverte : celle de la responsabilité quasi-délictuelle des autres participants à l'opération de travaux pour manquement à leurs obligations contractuelles (B).

A. La voie embûchée : la responsabilité contractuelle du maître d'ouvrage

À certains égards, l'engagement de la responsabilité contractuelle du maître de l'ouvrage pour obtenir un dédommagement du fait de difficultés d'exécution apparaît, pour les entrepreneurs de travaux, comme une gageure bien incertaine. En effet, pour reprendre les termes de la bien connue jurisprudence « Haute-Normandie », « les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat, soit qu'elles soient imputables à une faute de la personne publique » [7]. Dès lors, en dehors du cas particulier des sujétions techniques imprévues ayant bouleversé l'équilibre économique du contrat ou des travaux supplémentaires indispensables, le titulaire ne peut être indemnisé qu'en apportant la preuve d'une faute de l'administration dans l'exercice de ses obligations contractuelles de maître d'ouvrage. Contrairement à ce qui a pu être soutenu au contentieux [8], il ne s'agit nullement d'une règle nouvelle, mais bien du rappel d'une jurisprudence bien arrêtée – l'arrêt n'a, d'ailleurs, pas fait l'objet d'une publication au Lebon. Il est vrai que, dans un premier temps, le Conseil d'État n'utilisait pas le terme de « faute », mais celui de « fait » [9], le premier ayant été substitué au second ultérieurement [10], mais il demeure qu'il y a là une règle somme toute classique en matière de responsabilité contractuelle : à l'exception de cas bien particuliers de responsabilité sans faute, son engagement suppose de prouver la faute du maître de l'ouvrage, c'est-à-dire une inexécution de ses obligations contractuelles.

En réalité, la jurisprudence « Haute-Normandie » a plutôt ouvert un mouvement jurisprudentiel confinant à l'orthodoxie dans l'engagement de la responsabilité du maître d'ouvrage, en particulier en cas de défaillance d'autres participants à l'opération de travaux. En effet, de l'aveu

de Bertrand Dacosta, qui concluait sur cette décision, « il est vrai que par le passé, certaines de vos décisions ont paru consacrer une sorte de présomption de responsabilité du maître d'ouvrage pour les retards révélant une mauvaise coordination des travaux » [11]. Dès lors, en censurant un arrêt de cour administrative d'appel qui avait engagé la responsabilité de la région « du seul fait des fautes commises par les autres intervenants à l'opération » [12], le Conseil d'État a mis un terme à une tendance jurisprudentielle favorable aux entrepreneurs de travaux. La jurisprudence postérieure est venue préciser que ces fautes du maître d'ouvrage pouvaient se débusquer « notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre » [13], mais que celui-ci « ne pouvait être tenu pour responsable [...] du fait de l'allongement de la durée d'exécution du marché de travaux résultant de manquements à leurs obligations d'un autre entrepreneur ou de la maîtrise d'œuvre » [14]. La jurisprudence récente des juridictions du fond témoigne à l'envi de ce resserrement des hypothèses d'engagement de la responsabilité contractuelle du maître d'ouvrage du fait des agissements des autres participants au chantier, maître d'œuvre [15] ou cotraitants [16] notamment.

Le sentiment est renforcé par la tendance, non encore investie de l'onction du Conseil d'État, de certaines juridictions du fond d'appliquer aux marchés à prix unitaires la même règle. Concernant ces marchés, il est certes admis qu'une indemnisation du fait de sujétions imprévues ne nécessite pas la preuve d'un bouleversement de l'économie du contrat [17], mais pour le reste, les cours administratives d'appel de Paris [18], Bordeaux [19] et Lyon [20] estiment que les surcoûts engendrés par des difficultés d'exécution ne sont indemnisables qu'à la condition de prouver qu'ils sont imputables à une faute du maître de l'ouvrage. Une telle application est assez contestable et semble, dans sa rigidité, altérer « la nature même de ces marchés » [21] pour lesquels les prix sont stipulés, selon l'article 9.2 du CCAG travaux, « à titre évaluatif » et dont le règlement dépend de la quantité effectivement livrée ou exécutée. Le principe même du prix unitaire est donc d'être flexible et est censé permettre une variation du règlement en fonction des contingences du chantier. L'application brutale d'une jurisprudence pensée pour les marchés à forfait ne semble donc pas opportune. Mais, pour prendre le contre-point, il ne semble pas non plus acceptable que le caractère unitaire des prix soit un blanc-seing permettant à l'entrepreneur de facturer des métrés excessifs. La question reste ouverte, mais il serait opportun de déterminer un régime juridique équilibré en la matière.

En tout état de cause, cette posture jurisprudentielle, pour respectueuse d'une conception classique de la responsabilité contractuelle, engendre naturellement des désagréments pratiques pour les entrepreneurs de travaux, qui se trouvent démunis face aux surcoûts consécutifs aux défaillances des autres participants à l'opération. Des désagréments qui pourraient trouver une voie de résolution dans l'engagement de la responsabilité quasi-délictuelle de ces autres participants.

B. La voie ouverte : la responsabilité quasi-délictuelle des autres participants à l'opération de travaux

Bien entendu, à l'exception du cas où ils sont liés par un contrat de droit privé – et pour lequel le juge judiciaire est compétent [22] – un entrepreneur participant à une opération de travaux ne saurait engager la responsabilité contractuelle d'un autre participant, l'effet relatif des contrats y faisant naturellement obstacle. Seule la voie de la responsabilité quasi-délictuelle est donc envisageable. Une voie dans laquelle s'est engouffrée la jurisprudence [23], mais en limitant, dans un arrêt « Commune de Bohorel » opposant un maître d'ouvrage à un sous-traitant, les fautes invocables à « notamment, la violation des règles de l'art ou la méconnaissance de dispositions législatives et réglementaires » [24]. Là encore, la raison de cette limitation tenait à une conception

stricte de l'effet relatif des contrats, laquelle conception a été, doit-on le rappeler, abandonnée par la Cour de cassation en 2006. Pour les juges du quai de l'horloge, « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage » [25]. Si une telle position a pu susciter de vives critiques, elle n'en a pas moins été réaffirmée récemment en des termes particulièrement explicites, dans un arrêt « Boot shop » rendu par l'Assemblée plénière : « le tiers au contrat qui établit un lien de causalité entre un manquement contractuel et le dommage qu'il subit n'est pas tenu de démontrer une faute délictuelle ou quasi délictuelle distincte de ce manquement » [26].

Telle n'est pas la position du Conseil d'État dont la jurisprudence continue à s'arc-bouter autour d'une « acception stricte de l'effet relatif » [27], rappelée solennellement par la Section du contentieux dans sa décision « Madame Gilles », selon laquelle « les tiers à un contrat administratif, hormis les clauses réglementaires, ne peuvent en principe se prévaloir des stipulations de ce contrat ». Dès lors, un tiers à un contrat administratif ne peut se prévaloir des manquements à ce contrat dans le cadre d'une action en responsabilité extracontractuelle introduite à l'encontre d'une partie [28], une solution réaffirmée en 2019 [29]. La doctrine a parfois tenté d'expliquer cette divergence des jurisprudences, estimant que si le juge judiciaire avait estimé nécessaire de faire évoluer sa position dans une logique de protection des victimes [30], le juge administratif avait trouvé d'autres moyens pour remplir cet objectif « sans pour autant avoir besoin de revisiter les piliers du droit des contrats » [31]. Pourtant, des critiques s'élevèrent, y compris dans la doctrine qui note à juste titre que l'on peut nourrir « de très sérieux doutes quant à l'effectivité de ces substituts administrativistes à la confusion des fautes » [32], doutes largement confirmés si l'on considère les participants à une opération de travaux publics pâtissant des errements des autres vis-à-vis desquels ils ne sont pas contractuellement liés.

Mais il n'aura pas échappé que la lettre de la jurisprudence « Commune de Bihorel » de 2015 précitée laissait entrevoir une possible extension des fautes invocables à l'appui d'un recours en responsabilité quasi-délictuelle d'un participant à une opération de travaux vis-à-vis d'un autre. Si la décision ne mentionnait que les manquements aux règles de l'art et aux dispositions législatives et réglementaires en vigueur, elle ménageait la possibilité d'invoquer d'autres moyens en faisant précéder l'énumération de ces manquements d'un obscur quoique prometteur « notamment » [33]. Cinq années plus tard, l'obscurité qui se terrait derrière cette porte entrouverte s'éclairait légèrement : « dans le cadre d'un litige né de l'exécution de travaux publics, le titulaire du marché peut rechercher la responsabilité quasi-délictuelle des autres participants à la même opération de construction avec lesquels il n'est lié par aucun contrat, notamment s'ils ont commis des fautes ou ont contribué à l'inexécution de ses obligations contractuelles à l'égard du maître de l'ouvrage, sans devoir se limiter à cet égard à la violation des règles de l'art ou à la méconnaissance de dispositions législatives et réglementaires » [34]. Cependant, le pas n'était pas franchi et il était encore difficile d'imaginer ce que le Conseil d'État mettait derrière ce « sans devoir se limiter à... ». Mais, enfin, la réponse vint. Dans une décision « CMEG » d'octobre 2021, la Haute juridiction complétait sa jurisprudence en admettant que le titulaire du marché « peut en particulier rechercher leur responsabilité du fait d'un manquement aux stipulations des contrats qu'ils ont conclu avec le maître d'ouvrage » [35]. L'incise était faite dans le principe de l'effet relatif des contrats, quoiqu'avec parcimonie, la rapporteure publique précisant bien dans ses conclusions que cette possibilité était encore cantonnée au domaine particulier des marchés de travaux [36], marquant encore le particularisme de ce domaine [37].

Deux réflexions peuvent être tirées de cette nouvelle donne jurisprudentielle. D'une part, au plan théorique, cette atténuation du principe de l'effet relatif témoigne d'une inclinaison, certes incomplète, de la jurisprudence vers une conception plus objective du contrat, perçu comme « fait social » [38], à la façon de la Cour de cassation. Ce faisant, l'opération de travaux n'apparaît

plus comme une somme de liens contractuels imperméables, mais davantage comme un espace de solidarité où chaque intervenant est responsable de son fait vis-à-vis de tous les autres. Un sentiment renforcé par le fait que le requérant peut invoquer les responsabilités contractuelle du maître de l'ouvrage et quasi-délictuelle des autres participants à l'occasion d'un seul et même recours [39]. D'autre part, au plan pratique, cette solution est de nature à éliminer le caractère rêche de la jurisprudence « Haute-Normandie » en permettant l'engagement de la responsabilité du cotraitant ou du maître d'œuvre n'ayant pas respecté ses engagements contractuels. Reste à savoir quelle sera l'étendue des stipulations contractuelles invocables, étant entendu que la rapporteure publique a d'ores et déjà estimé qu'il convenait d'exclure « de ces stipulations mobilisables celles qui ont été conclues dans le seul intérêt des parties au contrat »[40].

Mais l'année 2021 n'a pas seulement été le théâtre de cette nouveauté, dont on pressent qu'elle donnera lieu à une jurisprudence abondante. Encore a-t-elle permis de tirer les conséquences de la crise sanitaire en appelant les parties au dialogue en cas de circonstances imprévisibles.

II. Face à des circonstances imprévisibles : une mutabilité renforcée par l'appel à la discussion

La mutabilité constitue l'un des fleurons du régime juridique des contrats administratifs, en particulier face à des circonstances imprévisibles. Témoinnant d'une conception « téléologique » [41] de la force obligatoire, laquelle « se manifeste en droit administratif non par une immutabilité absolue des obligations, mais par l'intangibilité d'un équilibre contractuel général » [42], la mutabilité se traduit, face à l'aléa, par des règles objectives rendant possible l'indemnisation des titulaires dans certaines conditions : il s'agit, notamment, des théories des sujétions imprévues et de l'imprévision. Néanmoins, l'expérience de la crise sanitaire a permis de révéler l'insécurité juridique entourant ces règles (A), si bien que les nouveaux CCAG font le pari de la voie contractuelle par excellence : la discussion (B).

A. La voie incertaine : le recours aux règles objectives

Les règles objectives permettant une indemnisation du cocontractant de l'administration face à des aléas d'exécution extérieurs aux parties constituent un élément marquant du régime des contrats administratifs. Parce qu'elles sont la manifestation d'une conception bien particulière des intentions des parties au contrat comme nécessairement finalisées par l'intérêt général, elles sont bien souvent mises en avant car elles marquent l'autonomie du contrat administratif vis-à-vis de son homologue civiliste. Toutefois, une analyse plus raffinée de la jurisprudence et de la pratique met en lumière l'insécurité juridique qui entoure leur mobilisation.

En ce qui concerne les sujétions techniques imprévues, la lecture des conclusions de Pierre Chardenet sur la décision « Gaz de Bordeaux » semble démontrer qu'au début du XX^{ème} siècle, celles-ci aboutissaient fréquemment à une indemnisation de l'entrepreneur de travaux. Il y évoque en effet « les très nombreuses décisions rendues par vous en matière de travaux publics, lorsque des entrepreneurs avaient rencontré des terrains d'une nature tout à fait imprévue » [43]. Pourtant, c'est à une tout autre conclusion que l'on peut aboutir si l'on considère la jurisprudence récente. Applicable aux seuls contrats de travaux, les sujétions imprévues sont définies par le juge comme des « difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution du marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties » [44], qui ouvrent droit à une indemnisation intégrale des surcoûts, à la condition supplémentaire dans les marchés à prix forfaitaire qu'elles aient bouleversé l'équilibre économique du contrat. Si cette définition semble laisser place à une indemnisation facilitée, notamment en marchés à prix unitaire, il n'en est rien. Ainsi que le souligne Hélène Hoepffner,

« cette théorie est souvent invoquée mais rarement appliquée car le juge, tenant compte de la compétence des entreprises et de l'obligation de définir préalablement les besoins, retient une acception stricte de ces conditions » [45]. Cet état de fait est accentué par une certaine pratique des acheteurs publics de transférer contractuellement les aléas du marché à l'entrepreneur. Par exemple, dans le cadre d'un marché de travaux comprenant, dans le CCAP la clause selon laquelle « l'entrepreneur est réputé s'être rendu compte sur le site de l'importance et de la nature des travaux à effectuer et de toutes les difficultés d'exécution liées à la nature du terrain et aux caractéristiques des installations existantes [...] il ne saurait se prévaloir postérieurement à la remise de son prix d'une connaissance insuffisante des sites », le Conseil d'État avait refusé d'indemniser un entrepreneur du fait de difficultés rencontrées et alors même qu'une étude des sols erronée était annexée au contrat, certes à « titre indicatif » [46].

Concernant la théorie de l'imprévision, la doctrine notait, avant que la crise sanitaire ne survienne, que le juge administratif appréciait de façon stricte les conditions de sa mise en œuvre, que ce soit celle tenant à l'imprévisibilité de l'évènement [47] ou encore au bouleversement de l'équilibre économique du contrat [48]. Du reste, François Llorens et Pierre Soler-Couteaux considéraient récemment que l'imprévision « peut encore servir de garde-fou dans des périodes de crise exceptionnelles. Mais force est d'admettre que son utilité pratique est inversement proportionnelle à la renommée dont elle jouit » [49]. Or, ce rôle de garde-fou apparaît comme peu opérationnel. Cela avait déjà été entrevu lors de la crise de l'acier de 2003 [50], cela s'est largement confirmé à l'occasion de la crise sanitaire en cours. Le confinement a conduit à la suspension de très nombreux chantiers, les mesures ultérieures ont nécessité des réorganisations et l'achat de dispositifs individuels de protection, le tout aboutissant à des surcoûts parfois considérables. Dès les premiers temps de la crise, la doctrine présentait que la théorie de l'imprévision ne serait pas apte à apporter une réponse claire et satisfaisante [51], d'autant plus que l'ordonnance n° 2020-319 du 25 mars 2020 N° Lexbase : L5734LWB ne réglait pas la question indemnitaire, renvoyant les parties à d'après négociations [52].

Or, une enquête de terrain conduite par la Chaire de droit des contrats publics [53] a démontré qu'en pratique, on assistait à une « mobilisation profondément désordonnée de la théorie de l'imprévision » [54]. En particulier, il est apparu que les négociations pour un partage des surcoûts se heurtaient à d'importantes imprécisions concernant la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision, principalement sur deux points, la question du bouleversement de l'équilibre contractuel et la part prise en charge par la personne publique. Certes, concernant les marchés publics de travaux, une circulaire du 20 novembre 1974 donnait un cadre, puisqu'elle fixait un seuil de bouleversement à 6, 66 % de surcoûts par rapport à la valeur initiale hors taxes du marché et un taux de couverture de ces surcoûts par la personne publique à 90 %. Toutefois, datée et réservée aux marchés de travaux de l'État, elle n'a pas semblé faire l'objet d'une utilisation partagée. L'incertitude a par ailleurs été renforcée par une jurisprudence mouvante, qui situe généralement le bouleversement « entre 5 et 10 % du montant initial » [55] et une indemnisation de l'entrepreneur « généralement à hauteur de 80 à 95 % des surcoûts » [56]. À l'heure à laquelle nous écrivons, nous ne disposons pas encore des données contentieuses qui nous permettront d'apprécier l'attitude du juge administratif dans l'application de la théorie de l'imprévision face à la pandémie de Covid-19, mais une chose semble d'ores-et-déjà acquise : comme règle objective et générale par nature adaptable aux différentes situations contractuelles, elle se situe dans un entre-deux qui nuit à sa mobilisation opérationnelle. Comme règle générale, elle est supposée apporter un cadre juridique à une situation donnée et, en cela, les parties au contrat ont tendance à ne s'appuyer que sur elle pour trouver une solution. Mais comme règle adaptable, elle est par nature imprécise et suppose une discussion. Ce dernier élément, incompressible au regard de la pluralité des situations envisageables, apparaît comme la voie

encouragée, avec en toile de fond l'idée selon laquelle la difficulté contractuelle se résout mieux dans la solution contractuelle.

B. La voie conseillée : la discussion

Ainsi que cela a déjà été souligné, l'ordonnance du 25 mars 2020 n'apportait pas de véritable réponse à la question de l'indemnisation des surcoûts occasionnés par les conséquences de la crise sanitaire. Certes, la modification du régime des avances ou encore l'interdiction d'appliquer les pénalités de retard ont permis d'atténuer le choc. Mais pour le reste, et contrairement à 1974, c'est vers le dialogue entre les parties que le Gouvernement s'est résolument tourné.

Dans un premier temps en donnant un cadre à ce dialogue par une circulaire du 9 juin 2020, relative à la prise en charge des surcoûts liés à l'épidémie dans le cadre de la reprise des chantiers de bâtiment et de travaux publics exécutés au titre des marchés publics de l'État N° Lexbase : L3565LXC. Là où la circulaire de 1974 optait pour une logique uniforme et chiffrée dans la mise en application de la théorie de l'imprévision, la circulaire de 2020 vient simplement encadrer la discussion entre les parties. D'abord au stade des surcoûts liés à la suspension des travaux, la circulaire précise qu'il est « souhaitable que des échanges soient rapidement organisés afin de chiffrer le coût d'interruption du chantier et de déterminer si le maître d'ouvrage le prendra en charge en tout ou partie ». Ensuite pour les surcoûts induits par les nouvelles modalités d'exécution du contrat dans le respect des consignes sanitaires, la circulaire préconise un « travail collectif et collaboratif mené par l'ensemble des parties » afin de régler les conséquences financières de l'exécution en mode dégradé [57]. Néanmoins, là encore, ce texte n'avait vocation qu'à s'appliquer aux marchés publics de l'État et si l'on a pu supposer que, par capillarité, les collectivités territoriales s'en furent saisies, cela n'allait pas de soi [58]. En réalité, les praticiens ont plutôt vu ce texte avec circonspection [59], mais il faut bien avoir à l'esprit qu'il s'agissait d'une simple circulaire visant à répondre au plus urgent qui, toutefois, était déjà investie de l'idée d'un traitement par la discussion des conséquences financières de l'imprévu.

Dans un second temps, et selon une approche plus générale qui excède le cadre des marchés de travaux, le traitement de l'aléa par la discussion contractuelle a été encouragé et encadré par les nouveaux CCAG. Concernant le CCAG travaux, celui-ci introduit deux nouvelles clauses qui permettent un traitement par la discussion des aléas extérieurs, sans recours à la théorie de l'imprévision et selon un champ d'application plus étendu. Comme le souligne Guillaume Delaloy, « ce dialogue est nécessaire [...] surtout pour appréhender les conséquences de certains événements extérieurs sur la vie du contrat » [60] et il se retrouve parfaitement dans ces deux clauses. La première, relative à la suspension du contrat, prévoit notamment que « dans un délai raisonnable, les parties conviennent [...] des modalités de répartition des surcoûts directement induits de cette suspension » (art. 53.3.2 du CCAG travaux). La seconde, qui est une clause de réexamen, stipule qu'« en cas de circonstance que des parties diligentes ne pouvaient prévoir dans sa nature ou dans son ampleur et modifiant de manière significative les conditions d'exécution du marché, les parties examinent de bonne foi les conséquences, notamment financières, de cette circonstance » (art. 54 du CCAG travaux). Ici, la référence explicite à la notion de bonne foi confirme bien que la direction choisie confine non seulement en une recherche d'« équilibre des relations contractuelles » [61], mais encore en une volonté d'acculturer la pratique contractuelle administrative aux logiques du droit privé. Résolument engagé sur cette voie depuis la jurisprudence Béziers et les conclusions d'Emmanuel Glaser selon lesquelles « les parties se sont engagées, en principe librement, dans cette relation et il est de leur devoir de se comporter avec loyauté et bonne foi dans l'exécution du contrat » [62], il reste cependant que malgré des appels de la doctrine, la loyauté n'ait encore, en matière de contrats administratifs, qu'une « fonction procédurale » [63]. Sans doute cette nouvelle direction dans le traitement de l'imprévu dans les

marchés publics sera l'occasion de lui conférer une autre densité. Le pari est ainsi fait, dans les marchés publics, de se diriger vers une logique plus consensuelle, quitte à cantonner la théorie de l'imprévision à un simple filet de sécurité.

Au terme de cette étude, on est saisi par le pragmatisme à l'œuvre dans les mutations du traitement juridique de l'indemnisation des surcoûts dans les marchés publics de travaux. D'autant que ces mutations s'attaquent directement à des éléments constitutifs de l'identité des contrats administratifs : leur effet relatif, comme leur traditionnel unilatéralisme dont les effets pratiques néfastes veulent être gommés. Il s'agira alors de rester attentif au devenir de ces nouveautés, à leur mise en œuvre par les parties et par le juge administratif qui nous renseignera encore sur la direction que prend le droit des marchés publics de travaux.

[1] F. Lichère, *La commande publique, la crise sanitaire et la relance économique*, AJDA,, 2020, p. 1105.

[2] Ph. Terneyre et T. Laloum, *Droit des contrats administratifs : renversons quelques tables pour la reprise économique !*, CMP, 2021, n° 7, étude 5.

[3] H. Hoepffner, *Entretien avec Camille Roux*, CMP, 2021, n° 5, dossier 4.

[4] CE, 7 novembre 2008, n° 290699 N° Lexbase : A2405AMZ.

[5] CE, 9 avril 1875, *Sieur Vaury, fondé de pouvoir du sieur Darblay, Rec.*, p. 318.

[6] V. notamment les thèses suivantes : H. Hoepffner, *La modification des contrats publics*, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 260, Paris, 2009 ; N. Gabayet, *L'aléa dans les contrats publics en droit anglais et droit français*, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 288, Paris, 2015 ; L. Sourzat, *Le contrat administratif résilient*, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 308, Paris, 2019.

[7] CE, 5 juin 2013, n° 352917 N° Lexbase : A3368KGT.

[8] CE, 12 novembre 2015, n° 384716 N° Lexbase : A5881NWQ.

[9] CE, 19 février 1975, n° 80470 N° Lexbase : A2856B8B, Rec. 143.

[10] CE, 23 juin 1993, n° 47180 N° Lexbase : A0047AN3.

[11] B. Dacosta, *À quelles conditions le titulaire d'un marché à forfaits peut-il être indemnisé ?*, Concl. sur CE, 5 juin 2013, n° 352917 (N° Lexbase : A3368KGT), BJCP, 2013, n° 91, p. 409.

[12] CE, 5 juin 2013, n° 352917, *op. cit.*

[13] CE, 12 novembre 2015, n° 384716, *op. cit.*

[14] CE, 6 janvier 2016, n° 383245 N° Lexbase : A3950N3P.

[15] En ce sens : CAA Lyon, 9 janvier 2020, n° 17LY00906 N° Lexbase : A70763AC.

- [16] En ce sens : CAA Bordeaux, 9 juillet 2020, n° 18BX00750 N° Lexbase : A50193RC ; CAA Paris, 7 juil. 2020, n° 17PA24064 N° Lexbase : A21153RR.
- [17] CAA Lyon, 25 novembre 2021, n° 19LY02413 N° Lexbase : A22297KR.
- [18] CAA Paris, 3 mars 2015, n° 10PA01307 N° Lexbase : A0003NRK.
- [19] CAA Bordeaux, 11 juin 2014, n° 12BX01024 N° Lexbase : A1024NA8.
- [20] CAA Lyon, 25 novembre 2021, n° 19LY02413, *op. cit.*
- [21] F.-R. Bouloche, Ch. Lapp, R. Sanviti, S.-A. Tchekhoff, Ph. Gossens et Y. Gaudemet, *La responsabilité des maîtres d'ouvrages publics dans l'exécution de leurs obligations contractuelles : où en est-on ?*, CMP, 2015, n° 6, étude 7.
- [22] T. confl., 2 juin 2008, n° 3621 N° Lexbase : A10843YS.
- [23] CAA Paris, 3 mars 2015, n° 10PA01307, *op. cit.*
- [24] CE, 7 décembre 2015, n° 380419 N° Lexbase : A0436NZ8.
- [25] Cass. Ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13.255 N° Lexbase : A5095DR7.
- [26] Cass. Ass. plén., 13 janvier 2020, n° 17-19.963 N° Lexbase : A85133AK.
- [27] G. Clamour, *Manquement contractuel et responsabilité quasi-délictuelle*, bis repetita (non) placent, AJDA, 2014, p. 1725.
- [28] CE, Sect., 11 juillet 2011, n° 339409 N° Lexbase : A0285HWH, Rec. 331.
- [29] CE, 11 oct. 2021, n° 438872 N° Lexbase : A863948H.
- [30] X. Domino, *Contrat, domaine public et action en responsabilité des tiers : un partout, balle au centre*, AJDA, 2011, p. 1949.
- [31] G. Clamour, *Tiers et responsabilité(s) liée(s) au contrat public*, in Mél. En l'honneur de Laurent Richer, LGDJ, Paris, 2013, p. 325.
- [32] J. Bousquet, *L'effet relatif des contrats administratifs. À propos de décisions récentes*, RFDA, 2020, p. 443.
- [33] CE, 7 décembre 2015, n° 380419, *op. cit.*
- [34] CE, 6 novembre 2020, n° 428457, *op. cit.*
- [35] CE, 11 octobre 2021, n° 438872 N° Lexbase : A863948H.
- [36] M. Le Corre, concl. sur CE, 11 octobre 2021, n° 438872, ArianeWeb.
- [37] V. sur ce point C. Faure, *Le particularisme des travaux publics en droit administratif*, Thèse dactyl., Univ. d'Avignon, 2020.

- [38] J. Bousquet, *L'effet relatif des contrats administratifs. À propos de décisions récentes*, op. cit.
- [39] CE, 5 juillet 2017, n° 396430 N° Lexbase : A8521WL8.
- [40] M. Le Corre, concl. sur CE, 11 octobre 2021, n° 438872, ArianeWeb, op. cit.
- [41] N. Gabayet, *L'aléa dans les contrats publics en droit anglais et droit français*, op. cit., p. 167.
- [42] M. Ubaud-Bergeron, *La mutabilité des contrats administratifs*, Thèse dactyl., Univ. Montpellier I, 2004, p. 39.
- [43] P. Chardenet, Concl. sur CE, 30 mars 1916, Cie générale d'éclairage de Bordeaux, in H. de Gaudemar et D. Mongoin, *Les grandes conclusions de la jurisprudence administrative*, vol. 1, 1831-1940, LGDJ, Paris, 2015, p. 575.
- [44] CE, 20 juillet 2003, n° 223455 N° Lexbase : A9574AXU.
- [45] H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, 2^{ème} éd., Dalloz, coll. « cours », Paris, 2020, p. 644.
- [46] CE, 9 janvier 2015, n° 350576 N° Lexbase : A9894M9C.
- [47] N. Gabayet, *L'aléa dans les contrats publics en droit anglais et droit français*, op. cit., p. 61.
- [48] L. Vidal, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 180.
- [49] F. Llorens et P. Soler-Couteaux, *La théorie de l'imprévision est-elle dépassée ?*, CMP, 2018, n° 3, repère 3.
- [50] S. Abbaticci, B. Sablier et V. Sablier, *Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux*, AJDA, 2004, p. 2192.
- [51] F. Lichère, *Catastrophes naturelles, calamités publiques et droit des contrats publics*, AJCT, 2020, p. 407.
- [52] H. Hoepffner, *L'indemnisation des surcoûts liés à l'épidémie de Covid-19 dans les contrats de la commande publique*, CMP, 2020, n° 8-9, étude 6.
- [53] F. Lichère, F. Akoka, V. Lamy et A. Meynier Pozzi, *Crise sanitaire et contrats publics*.
- [54] F. Lichère, F. Akoka, V. Lamy et A. Meynier Pozzi, *Crise sanitaire et contrats publics : une approche de sociologie juridique*, AJDA, 2021, p. 1425.
- [55] *Ibid.*
- [56] *Ibid.*
- [57] Circulaire du Premier ministre du 9 juin 2020, n° 6177/SG.
- [58] R. Noguellou, *Les marchés publics et concessions face à la crise sanitaire*, RDI, 2020, p. 360.

[59] F. Lichère, F. Akoka, V. Lamy et A. Meynier Pozzi, *Crise sanitaire et contrats publics*, *op. cit.*, p. 88.

[60] G. Delaloy, *La place de la discussion dans les nouveaux CCAG*, JCP éd. A, 2020, n° 46, 2335.

[61] G. Eckert, *Les nouveaux CCAG : perspectives générales*, CMP, 2021, n° 5, dossier 2.

[62] L. Marguery, *La « loyauté des relations contractuelles » en droit administratif : d'un principe procédural à un principe substantiel*, RFDA, 2012, p. 663.

[63] M. Ubaud-Bergeron, *Le champ d'application de la discussion dans les contrats publics*, JCP éd. A, 2021, n° 46, 2336.