

« Les usages dans la commande publique »

* * * * *

Présentation thématique du colloque

À Lyon, le 4 octobre 2024



Par François Lichère, Pierre Mousseron et Laurent Richer

Responsables scientifiques du colloque

La présentation qui suit est destinée à permettre aux participants au colloque du 4 octobre 2024 de comprendre ce qu'on entend par « usages » (I), thématique peu abordée dans le droit de la commande publique, et ayant conscience du contenu potentiel des trois temps de la discussion prévue au programme (II).

I. La notion d'usages

À titre préliminaire, on peut rechercher des indices de la notion d'usages dans la loi. Dans cette perspective, on peut signaler deux emplois de cette notion dans le Code de la commande publique :

- L'article **R. 2112-14** (et **R. 2312-12** pour les marchés de défense ou de sécurité) dispose que « *les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois qui nécessitent pour leur réalisation le recours à une part importante de fournitures, notamment de matières premières, dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux comportent une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours, conformément aux dispositions de l'article R. 2112-13. Toutefois, les marchés de fourniture de gaz ou d'électricité peuvent être conclus à prix ferme conformément aux usages de la profession* » ;
- L'article **R. 2192-17** (et **R. 3133-16** pour les concessions), relatif au délai de paiement qui est en principe de 30 jours, dispose que, en cas de procédure de vérification de la conformité des prestations, « *[...] une durée plus longue peut être prévue par le marché, à condition que cela ne constitue pas un abus manifeste à l'égard du créancier, notamment au regard de l'usage ou des bonnes pratiques. [...]* ».

Mais, outre le fait qu'il s'agit de questions très accessoires en droit de la commande publique, tous **les auteurs s'accordent à dire que les usages ne présupposent pas une consécration législative** : ils existent avant toute consécration législative voire avant toute consécration jurisprudentielle.

Libérés de cette contrainte légale, nous avons décidé d'**adopter une définition assez étendue des usages afin de permettre de pouvoir en identifier dans le contexte de la commande publique** qui n'en est pas... coutumier. On peut définir, dans un premier temps, les usages comme des « *comportements généralisés dotés d'une force normative* » (P. Mousseron, *Droit des usages*, IDU/LexisNexis 2^{ème} édition, 2023, p. 5).

Il en résulte deux étapes : identifier des comportements généralisés (1) et déterminer leur normativité (2).

1. Identifier certains comportements

Sur cet aspect, **une définition des usages qu'a donnée le Conseil d'Etat en 1994** dans un contexte fiscal nous paraît conforme à celle que nous avons proposée et pouvoir être spécialement retenue :

« les pratiques qui, en raison notamment de leur ancienneté, de leur fréquence ou de leur généralité, sont regardées comme normales dans le secteur d'activité considéré » (CE 6 juillet 1994, n°116079).

Cette définition autorise deux observations préalables.

D'une part, pour le Conseil d'Etat, la normalité de la pratique résulte de pratiques qui ont « *notamment* » les qualités d'ancienneté, de fréquence et de généralité, ce qui suppose que d'autres exigences sont concevables. La jurisprudence travailliste confirme d'ailleurs cette supposition puisqu'elle exige notamment un élément de fixité.

D'autre part, le Conseil d'Etat pose des exigences, alternativement et non cumulativement, d'ancienneté, de fréquence ou de généralité. Cela ne fait pas l'unanimité parmi les auteurs, ni pour la Cour de cassation dont certaines chambres – mais pas toutes – exigent un cumul, mais on retiendra cette définition pour la raison évoquée plus haut.

Ces observations faites, la définition du Conseil d'Etat requiert d'abord d'identifier des « *pratiques* » à savoir des **comportements répétés**. Dans le cadre de la commande publique, ces pratiques peuvent avoir trait à la formation du contrat (par exemple recourir à des méthodes particulières d'évaluation des offres), à son exécution (par exemple, tolérer certains retards) ou à sa fin (respecter des délais de préavis minima).

La définition du Conseil d'Etat invite en outre à délimiter un « *secteur d'activité considéré* ». Cette exigence est importante. En effet, plus le champ d'application géographique et matériel de la pratique est large, plus le risque de ne pas identifier un usage existe puisque la généralité de l'usage suppose un niveau de suivi suffisant de la pratique au sein d'une communauté donnée (sans requérir toutefois l'unanimité). Dans le champ d'application nouveau pour les usages qu'est celui de la commande publique, il paraît cohérent **d'identifier a**

minima, comme « secteurs d'activité », les trois domaines des travaux, des fournitures et des services et de distinguer marchés et concessions. En réalité, il est probable que vous serez amenés à affiner les secteurs d'activités pour faciliter l'appréciation de leur généralité (fournitures informatiques, concessions d'eau potable, etc.). De même, les pratiques peuvent émaner des autorités contractantes seules, des entreprises seules, ou des deux à la fois.

2. Déterminer leur force normative

Une fois certains comportements ou certaines « pratiques » identifiés, il faut se poser la question de leur normativité (ce que le terme de « normales » peut laisser entendre).

Nous proposons là encore une définition assez étendue de cette normativité, telle qu'elle résulte de l'approche doctrinale spécialisée. On peut ainsi voir de la normativité dès lors que les usages produisent un quelconque effet juridique : « *l'effet juridique d'une norme ne se réduit toutefois pas à son effet contraignant, mais se manifeste également quand celle-ci sert de référence lors de l'interprétation d'une convention, de l'évaluation d'un bien, d'un comportement, ou d'une rémunération, ou encore lorsqu'elle permet d'être dispensé d'apporter une preuve littérale* » (Aurélie Brès, « Le fondement de la force des usages », in *L'usage et le contrat*, Dossier AJ Contrat, Août-Septembre 2018).

La normativité des usages conduit à des sanctions de différentes manières : soit de manière directe ou classique, comme par une sanction par le juge (action en responsabilité par exemple), soit de manière plus indirecte par une réaction de l'autre partie (non-conclusion d'un contrat, non-renouvellement) ou de la communauté dans laquelle cette pratique aura été observée sous forme de sanction réputationnelle (P. Mousseron, n°684 et s.). À cet égard, la sanction réputationnelle peut être directe, du fait de l'impact médiatique résultant de la simple information du non-respect des usages, ou indirecte, lorsqu'elle prend les détours du « *name and shame* » d'une autorité. Ainsi en va-t-il des autorités de régulation indépendante ou des chambres régionales des comptes ou de la Cour des comptes.

La sanction juridique peut être aussi au second degré : le non-respect des usages peut faire présumer une violation de la règle de droit (ex. : durée d'une concession non conforme aux usages du secteur).

II. Contenu potentiel des trois thèmes retenus

- 1) **Formation** : règlement de consultation, cahier des charges particuliers, méthodes d'évaluation des offres, motifs d'exclusion, modalités de signature, localisme, MAPA (règles des 3 devis, etc.), mémoire technique ;
- 2) **Exécution** : ordres de service, modifications par avenant, modifications unilatérales, transactions, pénalités, contrôle (concessions), tolérances, modulation des pénalités, oralité sur les chantiers, contrôle de la DSP, etc. ;
- 3) **Fin** : durée du contrat, durée du préavis de résiliation, motifs de résiliation unilatérales, clauses d'indemnisation en cas de résiliation, etc.