

**COLLECTION
DROIT DES USAGES**



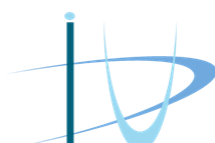
Les usages dans la commande publique

Actes du colloque du 4 octobre 2024

Université Lyon 3

Direction :
François Lichère
Pierre Mousseron
Laurent Richer

2025



Institut des usages

Les usages dans la commande publique

**Actes du colloque
du 4 octobre 2024**

Université Lyon 3



**Dans la même Collection « *Droit des usages* »
sous la direction de Pierre Mousseron**

- « *Valoriser les usages, tome 1 : Approches ...* » (2020)
- « *Valoriser les usages, tome 2 : L'agro-alimentaire* » (2021), par Cyril Levavasseur et Kevin Magnier-Merran (dir.)
- « *Valoriser les usages, tome 3 : La valorisation des usages pastoraux Pyrénéens* » (2022), par Sigrid Aubert, François-Xavier Diague, Danielle Lassalle, Hélène Devin et Jacques-Raymond Piquet (dir.)
- « *Le Droit coutumier kabyle pendant la colonisation française* » (2021), par Amar Laidani, préface Éric de Mari et Bjarne Melkevik
- « *Les maximes d'interprétation* » (2022), par Amélie Thouement, préface par Daniel Mainguy
- « *Le droit des usages pétroliers transnationaux* » (2023), par Naïm El Chami, préface par Pierre Mousseron
- « *Les principes en Droit de l'entreprise* » (2023), préface par Pierre Mousseron
- « *Droit des usages* » (2023), 2^{ème} éd., par Pierre Mousseron
- « *Les usages devant la Cour de cassation* » (2023), préface par Gustavo Cerqueira et Pierre Mousseron
- « *Du recours au Droit des usages pour des projets de territoire plus harmonieux. Une expérimentation sociale à Sainte-Marie, Madagascar* » (2024), par Sigrid Aubert (coord.)

Sommaire

Avant-propos par François Lichère, Pierre Mousseron et Laurent Richer	I
La notion d'usages en Droit privé par Pascale Deumier	1
La notion d'usages en Droit administratif par Pascale Gonod	13
Les usages dans la formation du contrat en Droit privé par Pierre Mousseron	23
Les usages dans la formation des contrats publics par Frédéric Lombard	31
Les usages dans la formation des contrats de commande publique : regard d'un praticien par Fabrice Cazaban	43
Les usages dans la formation des contrats de la commande publique ; synthèse de l'atelier par Olivier Giannoni	55
Usages et exécution du contrat. Observations de Droit privé par Arnaud Raynouard	63
Les usages dans l'exécution des contrats administratifs par Isabelle Hasquenoph	77
Usages et exécution du contrat en Droit de la commande publique par Thierry Amselek	89
Usages et exécution de contrat ; synthèse de l'atelier par Anna-Maria Smolinska	103
Usages et fin de contrat en Droit privé par Aurélie Brès	109
Les usages et la fin des contrats de la commande publique par Mathias Amilhat	123
Usages et fin des contrats ; le regard des praticiens par Sophie Jeannot et Cynthia Vasselle	137
Usages et fin de contrat ; synthèse de l'atelier par Clarisse David	147
Conclusion : Les usages dans la commande publique par Laurent Richer	153

Contributeurs au colloque

Matinée sous la présidence de **Gilles Pelissier**,
Conseiller d'Etat et Professeur associé

Pascale Deumier : Professeur de Droit privé à l'Université Jean Moulin
Lyon 3

Pascale Gonod : Professeur de Droit Public à l'Université de Paris 1 Panthéon-
Sorbonne

François Lichère : Professeur de Droit Public à l'Université Jean Moulin
Lyon 3

Pierre Mousseron : Professeur de Droit privé à l'Université de Montpellier,
Président de l'Institut des usages

Frédéric Lombard : Professeur de Droit public à l'Université d'Aix-Marseille

Fabrice Cazaban : Directeur Ingénierie Juridique de Projet Egis

Olivier Giannoni : Secrétaire général et directeur juridique de l'UGAP

Après-midi sous la présidence de **Gilles Hermitte**,
Conseiller d'Etat, Président de la Cour administrative d'appel de Lyon

Arnaud Raynouard : Professeur de Droit privé à l'Université de Paris
Dauphine

Isabelle Hasquenoph : Maître de Conférences en Droit public à l'Université
de Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Thierry Amselek : Directeur Droit des Marchés et Contrats, Société des grands
projets

Anna-Maria Smolinska : Docteure de l'Université Jean Moulin Lyon 3,
Avocate au Barreau de Lyon

Aurélie Brès : Maître de Conférences en Droit Privé à l'Université de
Montpellier

Mathias Amilhat : Maître de Conférences en Droit public à l'Université de Toulouse

Sophie Jeannot : Directrice juridique / conformité, Demathieu Bard

Cynthia Vasselle : Responsable juridique, Affaires transverses, Demathieu Bard

Clarisse David : Chargée d'enseignement à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Avocate au Barreau de Lyon

Laurent Richer : Professeur émérite de l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Composition de l'ouvrage :

Marie-Christine Polge et Pierre-Olivier Parguel

AVANT-PROPOS

par

François Lichère

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Pierre Mousseron

Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier

et

Laurent Richer

Professeur émérite à l'Université Paris 1 Panthéon-sorbonne

Pourquoi et comment associer deux thèmes, celui des usages, focalisé sur le Droit informel non-écrit et celui de la commande publique, communément associé au formalisme et à un code tout neuf (même issu d'une vieille tradition) ?

Née dans une chambre d'hôpital, cette association pourrait laisser penser qu'elle ne serait que la conséquence de l'absorption de produits euphorisants. Pour paraphraser Brassens, ... « *la suite prouvera que non* ».

I. Pourquoi associer usages et commande publique ?

Plusieurs arguments invitent à douter de l'effet des usages sur la commande publique. Parmi eux, évoquons en trois.

- D'abord, notons l'**autonomie croissante du Droit administratif vis-à-vis du Droit privé et a fortiori celle du Droit administratif de la commande publique**. Cette autonomie s'exprime même en Droit des usages avec la reconnaissance par la chambre sociale de la Cour de cassation d'un régime particulier pour les usages dans les établissements publics de santé¹.

Cependant, cette autonomisation pourrait laisser place à de « beaux restes » privatistes². En outre, l'introduction en 2016 d'une certaine

¹ Cass. soc. 3 juillet 2024, n°22-22360, Chronique *Usages* JCP éd. E, 2024, n°3, obs. P. Mousseron.

² A ce propos : *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des contrats administratifs*, LexisNexis, 2019, dir. J. Martin.

imprévision à l'article 1195 du Code civil rapproche plutôt les deux pans du Droit, public et privé.

- Ensuite, **le tropisme du Droit de la commande publique vers le Droit privé des contrats qui admet largement les usages est contestable**. Comme l'écrit élégamment Yves Gaudemet, « *le contrat administratif n'est pas né contrat* ». En outre, comme poursuit cet auteur, le contrat de commande publique est marqué par l'unilatéralisme, n'est pas que l'affaire des parties et s'inscrit enfin dans le cadre de l'indisponibilité des compétences.

Mais on sait que la juridicité des usages même en Droit privé ne relève pas du seul Droit des contrats. A côté des usages fondés sur le consentement existeraient en effet des usages-règles³. Ce second argument défavorable à la pertinence des usages en matière de commande publique ne serait donc pas dirimant lui non plus.

- Enfin, on ne verrait pas **de quel fondement pourrait relever la juridicité des usages en Droit de la commande publique**. Et de fait, même en dehors du Droit des contrats, aucun texte ne fonde cette juridicité.

Là aussi, cet argument de non-juridicité des usages n'est pas définitif. La juridicité des usages pourrait relever de ce qu'un montpelliérain appelait magnifiquement « *la Révolte des faits contre le Code* »⁴. Ce n'est pas dans le Droit écrit qu'il convient de chercher la juridicité des usages pour le Droit de la commande publique comme pour toutes les autres branches du Droit. Ce n'est pas davantage dans le Droit privé ; les usages sont en effet issus d'une communauté privée ou publique. Leur existence dans des pays étrangers comme les Etats-Unis d'Amérique où le clivage public privé est moins appuyé conforte cette observation.

Si des arguments existent pour contester le défaut de juridicité, ils ne nous paraissent donc pas définitifs. Et de fait, et même « de Droit », on observe ces usages ou du moins des traces dans la jurisprudence administrative, dans la pratique constitutionnelle et même dans le code de la commande publique⁵, ce qui conforterait leur pertinence.

³ P. Mousseron, *Droit des usages*, IDU/Lexis, 2^{ème} éd. 2023, n°369 et s.

⁴ L. Guerlain, *Gaston Morin, La révolte des faits contre le Code. Les atteintes à la souveraineté des individus. Les formes actuelles de la vie économique : les groupements. Esquisse d'une structure nouvelle des forces collectives, Bernard Grasset, 1920 et La révolte du droit contre le Code. La révision nécessaire des concepts juridiques (contrat, responsabilité, propriété)*, RTDCiv. 2014, 03, pp.731, (halshs-02249379).

⁵ - 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*

Réglée (du moins provisoirement) la question de l'opportunité de l'étude des usages dans la commande publique, s'ouvrirait celle des modalités de cette étude.

II. Comment associer usages et commande publique ?

A. La notion de commande publique pouvant maintenant être considérée comme bien définie, il convenait de définir les usages

Une définition fut d'abord recherchée dans les deux emplois des usages trouvés dans le Code de la commande publique. Cependant, outre qu'il s'agit de questions très accessoires de la matière, les auteurs s'accordent à dire que les usages ne présupposent pas une consécration législative : ils existent avant toute consécration législative voire même avant toute consécration jurisprudentielle.

Libérés de cette contrainte légale, nous avons donc décidé de rechercher 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. Nous avons ainsi défini les usages à titre général comme des « *comportements généralisés dotés d'une force normative* ». ⁶

Plus précisément, une définition des usages qu'a donnée le Conseil d'Etat en 1994 dans un contexte fiscal nous est apparue 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 ». ⁷

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. [...] ».

⁶ P. Mousseron, *Droit des usages*, IDU/LexisNexis 2ème édition, 2023, p. 5.

⁷ 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. Même si elle ne fait pas l'unanimité parmi les auteurs, ni pour la Cour de cassation dont certaines chambres – mais pas toutes – exigent un cumul, nous avons en principe retenu cette définition pour la raison évoquée plus haut.

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 a parfois fallu affiner les secteurs d'activités pour faciliter l'appréciation de leur généralité (fournitures informatiques, concessions d'eau potable, etc.). De même, on a constaté que les pratiques peuvent émaner des autorités contractantes seules, des entreprises seules, ou des deux à la fois.

D'autre part, 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 avons, là encore, proposé 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 »⁸ 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 réputationnelle⁹. A cet égard, ce dernier type de sanction 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 (par exemple, conférer une durée d'une concession non conforme aux usages du secteur) peut faire présumer la conformité ou la non-conformité à la règle de droit « *eu égard aux situations alors couramment rencontrées dans ce type de contrats* »¹⁰.

B. Dans un second temps, il fallait aussi organiser

Matériellement, le Colloque objet du présent ouvrage s'est tenu dans le **cadre** de la Chaire de Droit des contrats publics. A ce titre, il convient de remercier les personnes morales qui ont soutenu ce colloque, même si, bien sûr, il y a des personnes physiques derrière elles puisque, comme Gaston Jèze, nous n'avons non plus « jamais déjeuné avec une personne morale » ni des entités administratives : l'Equipe de Droit Public de Lyon, l'Institut d'Etudes Administratives, la Direction de la Recherche et des Etudes Doctorales de l'Université Jean Moulin Lyon 3, la Métropole de Lyon et les partenaires de la Chaire de Droit des Contrats Publics¹¹.

Nous dédions une mention spéciale à ces derniers car non seulement leurs institutions ou entreprises participent financièrement à la Chaire, mais en plus, travaillent à titre individuel et bénévolement pour celle-ci. Sans doute peut-on y voir une illustration moderne du Discours de la servitude volontaire d'Etienne de la Boétie. En tout cas, cela garantit l'absence de contrepartie au soutien financier qui est une condition du mécénat.

⁸ A. Brès, *Le fondement de la force des usages*, in *L'usage et le contrat*, Dossier AJ Contrat, Août-Septembre 2018.

⁹ P. Mousseron, *op. cit.*, n°684 et s.

¹⁰ CAA Nancy, 17 janvier 2013, n°11NC00809.

¹¹ Demathieu Bard, Egis, Eiffage Génie Civil, NGE, Société du Grand Paris, SNCF Réseau, Systra.com, Telt, UGAP et Vinci Autoroutes.

Nous remercions aussi vivement les cinq chercheurs de la Chaire, Cédric Bernard, Alice Lassale, Rosalie Lemoing, Adeline Meynier-Pozzi et Fikahin Yéo pour leur implication dans l'organisation de ce colloque.

Méthodologiquement, l'organisation de cet ouvrage se fonde sur deux introductions privatistes et publicistes sur le Droit des usages. Il se poursuit chronologiquement en étudiant successivement et avec le même souci d'associer Droits privé et public des usages liés à **la formation** (méthodes d'évaluation des offres, modalités de signature, recours à des devis...), à **l'exécution** (ordres de services, tolérance, réserves...) et à **la terminaison** (pénalités, ...) de l'opération de commande publique.

Si l'on prête aux notaires, l'adage selon lequel « *un bon colloque, c'est d'abord un bon traiteur* » (... et la gastronomie lyonnaise fut fidèle à sa réputation), les signataires souhaitent surtout insister sur le point qu'un bon colloque suppose surtout de bons intervenants. A cet égard, le Colloque objet du présent ouvrage, tenu sous les présidences successives de Gilles Pellissier, Conseiller d'Etat et Professeur Associé et de Gilles Hermitte, Conseiller d'Etat et Président de la Cour administrative d'appel de Lyon a pu profiter du concours de magistrats et de Collègues publicistes et privatistes que nous remercions chaleureusement. Toutes et tous ont partagé leurs connaissances intuitives et savantes mais aussi et surtout leurs expériences concrètes et vivantes de cette matière qu'est la commande publique. Comme le chantait Brassens (... décidément incontournable) : « *Tout est bon chez elle, y a rien à jeter ; Sur l'île déserte, il faut tout emporter* ».

LA NOTION D'USAGES EN DROIT PRIVE

Pascale Deumier

Professeure de droit privé à l'Université Jean Moulin Lyon 3

Equipe Louis Josserand

Les usages en droit privé. – Il n'est pas inutile de consacrer une étude à la notion d'usages en droit privé dans le cadre d'un colloque sur les usages dans la commande publique, puisque la doctrine privatiste est très fournie en la matière. Et pour cause : en droit privé, les usages sont partout¹. Il suffit de regarder la loi, qui y renvoie à de nombreux endroits, pour adapter la généralité de la règle aux contraintes locales ou professionnelles : par exemple, la loi renvoie aux usages pour déterminer le délai de livraison ou de préavis à respecter², les activités incluses dans un bail commercial³, la possibilité de recourir à des contrats à durée déterminée⁴, la forme que peut prendre une acceptation⁵, la distance à respecter en matière de plantations⁶, l'aire géographique d'une appellation d'origine⁷ ou encore la rémunération d'un agent commercial⁸. En matière contractuelle, qui est la matière d'élection des usages, la loi opère un renvoi plus général aux usages au titre de règles complémentaires : les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donne l'usage⁹ ; quant à l'arbitre international, dans la détermination du droit applicable au litige, il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce¹⁰. Que nous disent ces textes ? Que les usages existent en droit privé, ou au moins peuvent exister. Qu'ils

¹ Comme en témoignent les travaux de l'Institut des usages, menés sous la direction de Pierre Mousseron : outre le site internet de l'Institut, v. la deuxième édition du Droit des usages de P. Mousseron, LexisNexis, 2023, le dossier Usages et contrats, AJ contrat 2018. 350 et la chronique « Usages » à la Semaine juridique.

² Ex. préavis pour la rupture de relations commerciales établies, L. 442-1, II code de commerce.

³ Art. L. 145-47 du code de commerce.

⁴ Art. L. 1242-2, 3°.

⁵ Art. 1120 du code civil : Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières.

⁶ Art. 671 code civil.

⁷ Art. L431-6 et L 431-4 du code de la consommation.

⁸ Art. L. 134-5 du code de commerce.

⁹ L'équité ou la loi, Art. 1194 du code civil. Sur cette règle, anciennement art. 1135, v. les thèses de Ph. Jacques, Regards sur l'article 1135 du code civil, Dalloz, 2005 ; C. Mouly-Guillemaud, Retour sur l'article 1135 du code civil, LGDJ, 2006.

¹⁰ Art. 1511 du code de procédure civile.

trouveront généralement dans la loi le fondement de leur application, ce qui a largement affaibli les discussions sur la force autonome d'une telle source¹¹. Mais tout cela ne nous dit pas grand-chose sur la notion d'usages elle-même. La loi souligne ici ou là le caractère d'un usage, en visant les usages « locaux », « du commerce » ou du « secteur d'activité », plus rarement les usages « loyaux et constants »¹². Mais elle ne donne pas de définition de l'usage en lui-même. Elle a failli le faire : le projet de code civil comportait une définition de la coutume : « La coutume résulte d'une longue suite d'actes constamment répétés, qui ont acquis la force d'une convention tacite et commune »¹³. Mais le choix a été fait de retirer du titre préliminaire du code civil des dizaines d'articles dédiés aux sources du droit, au motif avancé par les tribunaux lors des consultations que de telles définitions relevaient de la doctrine et non de la législation. Exit donc le projet de définition légale. En droit privé, il n'existe pas non plus, dans la jurisprudence de la Cour de cassation, de définition aussi générale et constante que celle donnée par le Conseil d'Etat : au mieux, on trouve quelques éléments épars, qui s'en tiennent prudemment à des précisions propres aux usages litigieux. En droit privé, c'est donc bien à la doctrine qu'est largement revenue la tâche de définir les usages, et c'est bien à cette source qu'a été puisée la définition donnée par la présentation thématique du colloque¹⁴ (ci-après « la définition du colloque »), de laquelle nous partirons, comme les autres contributeurs.

Sens large et sens strict. - La définition retenue pour le présent colloque est celle de l'ouvrage de référence de Pierre Mousseron (préc.), qui définit les usages comme « des comportements généralisés dotés d'une force normative ». Cette définition générale permet de comprendre l'essence même des usages mais doit ensuite être précisée pour permettre de les identifier concrètement. C'est là encore ce que fait la définition du colloque en s'appuyant notamment sur celle donnée par le Conseil d'Etat. Les précisions qui sont alors données révèlent la flexibilité de la notion. Les caractères de l'usage sont en effet variables : l'ancienneté, la fréquence ou la généralité ne sont qu'indicatives ; les pratiques peuvent être celles du « secteur considéré », dans le prolongement de la définition du Conseil d'Etat ou, est-il ajouté, « peuvent émaner des

¹¹ Sur l'absence d'autonomie de la coutume aujourd'hui, M. Coipel, « La coutume », *in* I. Hachez et *alii* (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, 2012, Anthemis et Université Saint-Louis, p. 551.

¹² En matière d'appellation d'origine, v. les textes préc.

¹³ Sur cette nature de convention commune, F. Zenati-Castaing, « Le Code civil et la coutume », *in* *Mélanges Jestaz*, 2006, Dalloz, p. 607 ; comp. le discours préliminaire de Portalis : « Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de la loi. ».

¹⁴ V. *supra*, « Avant-propos ».

autorités contractantes seules, des entreprises seules, ou des deux à la fois ». La notion d'usages ainsi retenue peut être considérée comme une acception large pour le droit privé, en ce qu'elle permet d'englober différentes formes de pratiques, et c'est tout son avantage pour le présent colloque. Sans remettre en cause la pertinence de ce choix, qui plus est pour un colloque exploratoire des pratiques de la commande publique, il est important d'avoir à l'esprit que cette notion large recouvre des réalités différentes : une pratique parmi différentes pratiques en cours, est-ce la même chose qu'une pratique suivie généralement ? l'usage d'un secteur professionnel, est-ce la même chose que l'usage des parties ? Aussi, il m'a semblé utile de concentrer ce propos sur la notion d'usages en droit privé sur les frontières entre l'usage, ici entendu dans un sens plus strict, et les autres formes de pratiques¹⁵. Ce choix n'a pas pour seule vocation l'esthétique intellectuelle d'une classification bien ordonnée : elle accompagne un enjeu on ne peut plus concret, puisque la qualification d'usages au sens strict, et elle seule, emporte certains effets juridiques. Avant de se lancer dans cette discussion, il faut donc avoir en tête ces effets juridiques, ce qui sera la dernière précision liminaire.

L'enjeu des effets. – Comme l'indique la définition du colloque, l'usage peut être mobilisé à différentes fins : « interprétation d'une convention, 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). Pour certaines utilisations, il importe peu que la pratique en discussion soit réellement un usage ou qu'elle soit plus modestement une pratique habituelle, une relation continue entre des parties ou une clause-type contractuelle : toutes pourront être mobilisées comme standard d'appréciation d'un comportement ou comme circonstance de fait venant éclairer une situation. Le véritable enjeu de la qualification d'usage se noue ainsi autour de la seule question de sa capacité non à guider l'application de la règle au cas mais à constituer la règle applicable elle-même¹⁶ : les parties ont-elles le droit de prouver l'existence de leur contrat en l'absence d'écrit¹⁷ ? leur silence peut-il valoir acceptation¹⁸ ? le délai de livraison a-t-il été respecté ? S'interroger sur la notion d'usages en droit privé, c'est ainsi tenter de faire le tri entre les

¹⁵ Sur d'autres délimitations entre usages et notions proches, v. P. Mousseron, *Droit des usages*, préc., sp. p. 10 s.

¹⁶ On ne rentrera pas, dans cette contribution dédiée à la notion d'usages, dans la discussion d'une telle distinction, bien fine, entre les usages éléments de fait dans la mise en œuvre de la règle et usages éléments de droit concrétisant la règle générale.

¹⁷ Art 1360 code civil : Les règles prévues à l'article précédent reçoivent exception en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit, s'il est d'usage de ne pas établir un écrit, ou lorsque l'écrit a été perdu par force majeure.

¹⁸ 1120 : Le silence ne vaut pas acceptation, à moins qu'il n'en résulte autrement de la loi, des usages, des relations d'affaires ou de circonstances particulières.

pratiques qui s'imposeront sans acceptation des parties, en tant que règles (les usages, donc), et celles qui ne s'appliqueront que si les parties l'ont voulu, et sur le fondement de cette acceptation, donc. C'est autour de cette frontière entre les usages règles de droit et les autres pratiques que vont se crisper les discussions autour de la notion d'usages, et pour cause : qu'est-ce qui fait que certaines pratiques généralement suivies vont se transformer en règle pour tous, alors que d'autres pratiques ne seront la règle que de ceux qui l'acceptent ? On s'en doute, de telles frontières sont bien mystérieuses et ont fait l'objet de nombreux débats en droit privé. Chacun de ces débats permet de mieux saisir, en creux, la notion d'usages. Si les débats classiques ont fixé la physionomie des usages règles de droit, les débats plus récents ont montré combien est grande la tentation d'étendre la notion d'usages, et avec elle la très enviable qualité de règle de droit, ce qui nourrit le trouble sur sa délimitation. Nous verrons donc dans un premier temps ce que peuvent nous apprendre les débats classiques, avant de nous demander dans un second temps ce que les débats plus récents ont à nous dire sur la notion d'usages.

I. Ce que nous apprennent les débats classiques

Le débat le plus important est celui qui a cherché à distinguer la notion d'usage et celle de coutume ; un débat secondaire, cherche à distinguer, ou pas, la notion d'usage de celle de convention tacite.

Usages et coutumes : la question des éléments. – Pour schématiser, au moment où la coutume est remise au goût du jour par François Géný, et pendant très longtemps à sa suite, une distinction est faite entre la coutume, véritable règle de droit, et l'usage, simple fait ou convention tacite. La coutume se définit par deux éléments : un élément matériel (une pratique répétée, ancienne et générale) et un élément psychologique (le sentiment d'obligation que fait naître cette répétition). C'est ce sentiment d'obligation qui transforme la pratique, phénomène de fait, en véritable règle, de droit : sans ce sentiment, la pratique reste un simple usage. S'il y a une chose acquise pour la notion d'usages, qui n'est nulle part contestée, c'est donc son élément matériel. *A minima*, la notion d'usage repose donc sur une pratique répétée, « des comportements généralisés » pour reprendre la définition doctrinale du colloque, des pratiques anciennes, fréquentes ou générales pour reprendre la définition jurisprudentielle du colloque. En droit privé, il arrive ainsi que les juges vérifient¹⁹ que la pratique invoquée à titre d'usage est constante, généralisée

¹⁹ Plus souvent, l'existence même de l'usage n'est pas discutée ou les juges s'en remettent à des attestations d'institutions locales ou professionnelles pour établir l'existence de l'usage : ces rares discussions sur l'existence de l'usage expliquent la difficulté d'en trouver une notion dans la jurisprudence.

(au sein d'un groupe) ou qu'elle est toujours actuelle - l'ancienneté étant en revanche très peu considérée²⁰. Par exemple, dans un arrêt récent, l'usage d'une clause attributive de juridiction dans les contrats de transport international a été considéré comme « largement connu et régulièrement observé » sur la base de « la production aux débats de 146 connaissements »²¹. L'élément matériel est donc l'élément central incontesté de l'usage. Au-delà, tout se complique, à commencer par la prétention à réserver l'élément psychologique, et donc la qualité de règle de droit, à la seule coutume. Parmi les innombrables critiques faites à cette conception, on mentionnera de façon très pragmatique que, si l'idée de ce sentiment d'obligation peut expliquer, en théorie, la force des usages, elle ne permet pas, en pratique, de les identifier. Les juges s'abstiennent donc généralement, dans le contentieux de droit privé, de se lancer dans la recherche d'un très évanescent « sentiment d'obligation » pour conclure à l'existence d'un usage. Seul un contentieux s'y intéresse, et il démontre à quel point un tel sentiment, pris comme élément de définition est malléable²² : il s'agit du contentieux des corridas, autorisées par le code pénal uniquement s'il existe une « tradition locale ininterrompue »²³, qui peut facilement être considérée comme une variante des « usages ». Bien que très très atypique, ce contentieux méritait d'être signalé dans le cadre de ce colloque et pas seulement parce qu'il est partagé avec les juridictions administratives. En effet, les traditions ne créent ici aucune règle : elles justifient la non-application de la règle, pénale qui plus est, et créent donc une tolérance²⁴, configuration qui pourrait avoir plus de potentiel en droit administratif qu'en droit privé.

Revenons à tous les autres usages en droit privé, que l'élément psychologique ne parvient pas réellement à distinguer des coutumes. Ce constat va mener une partie de la doctrine privatiste à renoncer à les distinguer²⁵, ce qui semble assez conforme au droit positif, où le recours à un terme plutôt qu'à un autre semble surtout relever des conventions de langage : les « usages » du

²⁰ V. rubrique Coutume et usages, n° 21 s.

²¹ Com., 12 mars 2013, n° 10-24.465, inédit ; dans le même secteur, inexistence de l'usage désignant la High Court of Justice of London, en raison de la diversité des clauses insérées dans les connaissements, Com., 13 sept. 2023, n° 22-16.884.

²² Sur cette jurisprudence, v. P. Deumier, « La tradition taumachique, source sentimentale du droit (ou l'importance d'être constant) », RTD civ. 2007. 57.

²³ Art. 521-1 et R. 655-1 du code pénal ; Sur la malléabilité de l'élément psychologique dans ce contentieux mais aussi la possibilité que la suspension d'une tolérance soit justifiée par un cas de force majeure, v. P. Deumier, RTD civ. 2007.57.

²⁴ V. H. Peroz, note sous Cass. crim., 16 sept. 1997, LPA 19 octobre 1998, p. 9.

²⁵ Sp. en droit du commerce international, où leur qualité de règle de droit est difficile à contester, ex. F. Osman, Les principes généraux de la *lex mercatoria*, 1992, LGDJ, p. 424 s. – Ph. Fouchard, L'État face aux usages du commerce international, Trav. Com. fr. DIP 1973. 75.

commerce international sont bien plus normatifs que la « coutume » du pourboire mais c'est ainsi que l'on les désigne usuellement. D'autres auteurs vont maintenir une différence²⁶, mais qui n'est plus une différence de nature mais une simple différence de degrés : les coutumes auraient un champ d'application général (par exemple, la coutume des prix hors taxes entre commerçants) quand les usages auraient un champ d'application spécial, limités à un groupe local (par exemple, les usages du port du Havre²⁷) ou professionnel (par exemple, les usages du commerce de pommes de terre). Mais si l'usage est propre à un groupe, local ou professionnel, cela soulève une nouvelle question, celle des conditions de son application, au sein de ce groupe et à l'extérieur de ce groupe. Reposant sur un jeu de volontés à géométrie variable, cette autre question va nourrir l'autre débat classique, celui de savoir si les usages ont la nature de règle ou de convention tacite.

Usages et conventions tacites : la question du rôle de l'acceptation. –

L'usage est-il autre chose qu'une convention tacite ? Pour comprendre cette discussion, il faut avoir à l'esprit les conditions d'application des usages professionnels en matière contractuelle, récemment clarifiées par la Cour de cassation. Après quelques flottements²⁸, elle les a dotés d'une formule de principe par un arrêt du 4 octobre 2023²⁹ : « Il résulte de l'article 1194 du code civil que les usages élaborés par une profession ont vocation à régir, sauf convention contraire, non seulement les relations entre ses membres, mais aussi celles de ces derniers avec des personnes étrangères à cette profession dès lors qu'il est établi que celles-ci, en ayant eu connaissance, les ont

²⁶ La première introduction au droit à avoir retenu cette présentation est probablement celle de G. Cornu, *Droit civil : Introduction au droit*, 13^e éd., 2007, Montchrestien, n^{os} 420 s.

²⁷ Sur les usages locaux, V. l'un des rares arrêts de la Cour de cassation un peu explicite : « si les mots “usages des lieux”, employés par l'article 1736 [du code civil], peuvent, indépendamment des coutumes générales qui, dans un lieu déterminé, s'imposent à tous les habitants, s'entendre également d'usages spéciaux, créés en vue de certaines catégories de personnes, ces derniers usages ne doivent être appliqués qu'aux cas intéressant lesdites personnes » (Civ. 28 juill. 1908, S. 1909. 1. 381).

²⁸ Certains arrêts ayant étendu l'exigence d'acceptation aux professionnels du secteur eux-mêmes : Com., 8 oct. 1991, n^o 89-15.193, inédit ; Com., 19 février 2002, n^o 97-21.604, inédit.

²⁹ La solution était, sans position de principe, déjà majoritaire en jurisprudence : application aux professionnels du secteurs sauf convention contraire (Com. 9 janvier 2001, n^o 97-22.212 ; Civ. 1^e, 15 mai 2002, n^o 99-21.090) ; soumise à acceptation hors de la profession (Com., 8 oct. 1956, n^o 56-10.721 ; Com., 4 mai 1999, n^o 95-21.752)

acceptés³⁰ » (§ 6)³¹. Entre membres d'une profession, les usages s'appliquent donc, « sauf volonté contraire ». C'est cette possibilité d'écarter l'application des usages qui va faire naître des discussions sur leur nature. Pour certains, elle signifie seulement que l'usage est une règle de droit supplétive³², comme de nombreuses règles en droit des contrats d'ailleurs : elle pourra être écartée par les parties au profit d'une solution contractuelle plus adaptée. Pour d'autres, cette solution révèle la véritable nature de l'usage, qui n'est pas celle d'une règle mais d'une convention tacite : si les professionnels n'écarteront pas l'usage, c'est qu'ils acceptent tacitement son application³³. Ces deux analyses d'une même solution sont d'autant plus soutenues que le droit positif donne des arguments aux deux thèses. Par exemple, en droit du commerce international, l'article 1511 CPC sur le droit applicable par l'arbitre précise qu' « Il tient compte, dans tous les cas, des usages du commerce » (l'usage apparaît comme règle de droit) mais l'article 9§2 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises adhère plus franchement à thèse de l'usage conventionnel en posant que « Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elles avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée ». Chacun se laissera donc convaincre selon sa sensibilité objectiviste ou subjectiviste mais ce que nous révèle ce débat sur la notion d'usage, c'est finalement peut-être surtout que l'usage est un peu règle et un peu convention³⁴ : il est appliqué en tant que règle mais soumis à la volonté d'exclusion ou d'acceptation ; il est plus que contractuel mais il est moins qu'impératif. La discussion demeure toutefois assez théorique puisqu'il s'agit de deux façons d'expliquer une même solution, qui n'est pas contestée :

³⁰ Y compris tacitement, ce qui est une source abondante de contentieux mais qui excède la notion d'usages. La nouvelle formule de principe consolide là encore la jurisprudence dominante en permettant une telle application « dès lors qu'il est établi que celles-ci, en ayant eu connaissance, les ont acceptés ».

³¹ Com. 4 oct. 2023, n° 22-15.685, D. 2023. 2224, note N. Dupont ; Dalloz actualité, 10 oct. 2023, note C. Hélaine ; JCP G 2023, doct. 1429, obs. D. Houtcieff ; JCP G 2023, act. 1197, note E. Araguas ; JCP E 2023, 1336, obs. P. Mousseron ; CCC 2023, 184, obs. L. Leveneur ; Lexbase Droit privé n° 963 du 9 novembre 2023, note Ph. Grignon ; RTD civ. 2024. 71, obs. P. Deumier.

³² Mais une règle de nature supplétive, ce qui explique qu'elle puisse être écartée, comme la majeure partie des règles en droit des contrats, Ex. P. Deumier, *Le droit spontané*, Economica, 2002.

³³ Si les professionnels n'écarteront pas l'application d'un usage, c'est qu'ils acceptent implicitement son application. Défendant cette théorie, qui plus est en droit du commerce international où l'usage a été plus largement et rapidement reconnu comme véritable règle de droit, v. A. Kassis, *Théorie générale des usages du commerce*, 1984, LGDJ.

³⁴ v. P. Mousseron, « Usages et contrats : fils ou frères ? », *AJ contrat* 2018, p. 351.

entre membres d'un secteur d'activité, l'usage s'applique de lui-même, sans avoir à chercher une acceptation des professionnels ou même leur connaissance. On comprend alors qu'il peut être stratégiquement très intéressant pour une pratique de décrocher la qualification d'« usage » : c'est d'elle que découlera cette application. Ce sont ces tentations d'extensions qui vont nourrir les débats plus récents.

II. Ce que nous apprennent les débats récents

Les débats classiques ont peut-être trop longtemps détourné l'attention de questions pourtant devenues essentielles. En effet, du fait de son statut, la notion d'usage suscite des convoitises, qui sont autant de déformations de sa notion et de sa nature. On commencera par la principale tentative de distorsion, celle opérée par les codifications professionnelles, avant d'évoquer une extension moins courante mais peut-être utile dans le cadre de ce colloque, puisqu'elle rapproche certaines pratiques individuelles des usages.

Codifications professionnelles et usages : la question du pouvoir corporatif. – La question n'a à vrai dire rien de très nouveau³⁵ mais, dans un monde juridique peu friand d'oralité et d'informel, elle est devenue incontournable. En effet, il est fréquent que les usages d'une profession ou d'un secteur soient codifiés, généralement par les associations professionnelles³⁶. Ces codifications peuvent prendre des noms très variables : codes des usages mais aussi conditions générales, contrats-types, guides, chartes et autres recueils de principes. L'utilité d'une codification des usages est assez évidente : elle les rend plus accessibles et facilite donc leur connaissance, par les arrivants dans le secteur, par les membres extérieurs, par le juge en cas de contentieux. Mais le risque de telles codifications est également connu : les associations professionnelles peuvent y insérer des règles qui ne sont absolument pas en usage dans le secteur, qui n'y sont pas pratiquées de façon « ancienne, fréquente ou générale », mais qui sont considérées comme de bonnes pratiques à promouvoir. Un auteur a ainsi étudié de façon détaillée un cas de tentative d'une association professionnelle internationale de lancer une version française de son contrat type en le présentant comme la pratique en usage³⁷. En effet, en se présentant comme les usages de la profession, ces règles deviendront *ipso facto* applicables dans le silence des parties, nous l'avons vu, mais également

³⁵ A vrai dire, l'existence de codifications d'usages a largement permis de travailler sur ce sujet difficile à observer autrement, v. le travail qui ouvrira la voie à la théorie de la *lex mercatoria* de Ph. Kahn, *La vente commerciale internationale*, Sirey, 1964.

³⁶ Mais pas que, v. ex. les Incoterms publiés par la Chambre de commerce internationale.

³⁷ v. M. Favero, « La standardisation contractuelle, enjeu de pouvoir entre les parties et de compétition entre systèmes juridiques - L'exemple du contrat du Loan Market Association », *RTD com.* 2003. 429.

applicables à des contrats conclus avant la codification. Il reste toujours possible de chercher à démontrer devant le juge qu'une disposition du code a ajouté aux usages mais une telle preuve sera très difficile à rapporter³⁸. Ce que ces codifications nous disent de la notion d'usages, c'est le poids, dans ce qui est présenté comme une pratique suivie de façon générale et constante, d'une toute autre forme de normativité, celle produite par les associations professionnelles et leurs choix structurants des pratiques des secteurs. La notion d'usage est alors confondue avec la notion bien plus large d'autorégulation. Elle va ailleurs être confondue avec différentes formes d'engagement d'une entreprise.

Pratiques individuelles et usages : la question du pouvoir unilatéral –

Les pratiques en matière contractuelle ne sont pas toujours développées à l'échelle des secteurs d'activité, loin de là : elles sont aussi, et beaucoup, celles développées par chaque entreprise. Cet élargissement est d'ailleurs prévu par la définition retenue pour le colloque³⁹. Ce n'est toutefois pas tout à fait la même chose : en droit privé, la pratique d'une entreprise ne peut s'imposer (juridiquement -puisqu'économiquement les choses ne sont pas tout à fait les mêmes) à une autre hors de son acceptation – contrairement à l'usage. Qui plus est, lorsque la pratique est celle d'une entreprise, cette même entreprise peut décider d'y mettre fin, le cas échéant en respectant certaines conditions, et notamment un délai de préavis - contrairement à l'usage dont l'évolution ne dépend pas de la décision d'un seul mais des pratiques collectives. La généralité d'une pratique entraîne donc ses propres effets, ce qui n'a pas empêché des rapprochements réguliers entre la notion d'usages et différentes pratiques établies à l'échelle individuelle : par exemple, entre usages et relations

³⁸ Ainsi, le récent arrêt de principe déjà évoqué applique, en tant qu'usage, le redoutable article 4.6 des Usages professionnels et conditions générales de l'Association professionnelle des Armaturiers (APA) qui prévoit le versement de 80% du prix de la commande au titre de l'indemnité forfaitaire en cas de non-respect des quantités de la commande. Le Préambule de ce document affirme qu'il « regroupent les usages de la profession d'armaturier ». Pourtant, certains juges du fond et certains auteurs ont douté qu'il y ait réellement eu un usage en ce sens : soulignant à propos de ces règles « qu'il importe de distinguer des usages professionnels » les conditions générales de vente qui doivent être communiquées, CA Rouen, 3 nov. 2015, n° 15/00018, chambre des urgences ; estimant qu'elles « ne sont rien d'autre que des conditions générales élaborées sur la base de « bonnes pratiques » », D. Houtcieff, préc. Pour d'autres ex., V. rubrique Coutume et usages, n° 51.

³⁹ Selon laquelle les pratiques peuvent émaner des autorités contractantes seules, des entreprises seules, ou des deux à la fois.

d'affaires⁴⁰ ; entre usages et conditions générales de vente d'une entreprise⁴¹ ; entre usages et codes de conduite d'entreprises⁴². L'un de ces rapprochements est peut-être plus intéressant pour vos réflexions en droit administratif. Il s'agit ici des « usages d'entreprise » en droit du travail, par lequel la répétition constante de l'octroi d'un avantage (ex. le versement d'une prime) à une catégorie de salariés lie l'employeur⁴³. Or, parce qu'il est fondamentalement pouvoir unilatéral de l'employeur, un tel « usage » peut être dénoncé par sa seule décision, sous réserve de l'information des salariés et du respect d'un délai de préavis. Ce soi-disant « usage » est donc essentiellement sous la volonté de l'employeur et ce n'est pas sans raison que la notion d' « usage d'entreprise », un temps très en vogue, est de plus en plus remplacée par celle plus précise d' « engagement unilatéral de l'employeur ». On le comprend avec ces débats plus récents : il est difficile d'identifier l'usage à l'état pur tant il est inséré dans des phénomènes variés de pratiques plus ou moins généralisées, plus ou moins ancrées, plus ou moins formalisées, plus ou moins spontanées.

Conclusion : ce que pourraient apporter des discussions futures

Le présent ouvrage a eu raison de retenir une acception large de la notion, qui seule permet de rassembler les manifestations de pratiques courantes, avant de pouvoir évaluer, au cas par cas, leur qualité d'usages. On aura toutefois compris que le seuil au-delà duquel certaines pratiques courantes accèderont au statut d'usage, et pas les autres, demeure bien mystérieux : il faut une généralité ou une constance « suffisante » mais suffisante par rapport à quoi ? Il faut

⁴⁰ Ex., Cass. Civ. 1^e, 30 mars 1999, n° 97-11.994, CCC 1999, n° 110, note L. Leveneur : « attendu que la cour d'appel a relevé qu'un usage s'était instauré, entre les parties, en relations d'affaires depuis plusieurs années, de commandes de semences de mûches toujours traitées et que la livraison s'était effectuée selon ces usages ». Il ne s'agit pas ici d'un pouvoir individuel d'entreprise mais d'une habitude qui demeure restreinte à une relation particulière, contrairement à l'usage.

⁴¹ Du fait de la proximité des conditions d'application (connaissance et acceptation) des premières (v. art. 1119 du code civil) et de celles de l'application des seconds hors de la profession. Sur les différentes formes de cette acceptation, et le jeu éventuel des usages, D. Mainguy et J.-D. Pellier, « Conditions générales de vente et contrats-types », *Juris-Class. Contrats et distribution*, fasc. 60.

⁴² V. F.-G. Trebulle, *Rép. Sociétés Dalloz*, v° Responsabilité sociale des entreprises [Entreprise et éthique environnementale], 2003, n° 39 et 40. Un tel rapprochement a été souvent fait à cette époque, avant que les codes de conduite ne s'insèrent dans leur propre logique, toute de compliance et d'engagement.

⁴³ Pour leur nature coutumière, v. Ch. Morel, « Le droit coutumier social dans l'entreprise », *Dr. soc.* 1979. 279. Très en vogue au début du XXI^e siècle, la notion a désormais assez largement été absorbée par celle d' « engagement unilatéral de l'employeur », même si la Cour de cassation utilise encore ponctuellement la terminologie d'usage de l'entreprise, v. G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail, Précis Dalloz*, 37^e éd., 2024/2025, n°813.

qu'elle génère un sentiment d'obligation (définition traditionnelle) ou qu'elle soit regardée comme normale (définition du Conseil d'Etat) mais comment l'établir ? Il demeure donc au terme de cette rapide étude une incertitude irréductible autour de la notion d'usage. Ses risques pratiques peuvent être relativisés : le contentieux témoigne que les désaccords entre les parties portent plus sur les conditions d'application de l'usage que sur son existence et que, en cas de désaccord, les juges savent s'en remettre aux attestations d'organisations représentantes du secteur. Pour le reste, il est possible de se demander si la notion d'usage ne gagnerait pas à être appréhendée à l'aide de conceptions plus récentes, qui ne sont guère plus précises qu'un sentiment d'obligation ou de normalité mais qui ont le mérite d'être plus familières aux juristes du XXI^e siècle. En effet, l'usage est toujours pensé par l'adaptation par touche d'une définition reposant sur deux éléments, qui remontent au droit romain et au droit canonique⁴⁴. Or, les usages contemporains ont bien changé et le système juridique dans lequel ils évoluent aussi. Ce nouveau monde juridique apportera peut-être de nouvelles façons de saisir les différentes pratiques. Par exemple, dans un tout autre registre, le développement d'une ligne jurisprudentielle sur le droit souple ouvre un nouveau rapport à l'effectivité, qui est au cœur des usages, une nouvelle volonté de rechercher la réalité de la norme derrière sa forme⁴⁵, et délivrera peut-être des enseignements utiles sur la façon de se saisir des effets, juridiques comme non juridiques⁴⁶, pour faire le tri entre le souple et le dur. Le droit souple partage avec l'usage une approche graduée des pratiques et leur qualification au cas par cas, plus utile qu'une définition rigide dans ces matières où « vouloir à tout prix imposer des seuils et des frontières à des notions et des phénomènes juridiques continus comporte nécessairement une bonne part d'artifice et d'arbitraire »⁴⁷. Quant à l'élément psychologique, qui n'est jamais parvenu à être évalué en pratique, il pourrait lui aussi bénéficier d'un dépoussiérage : le sentiment d'obligation ou

⁴⁴ Pour l'apparition de cette doctrine à Rome et son développement, J. Gaudemet, *Les naissances du droit – Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 3^e éd., 2001, Montchrestien, p. 47 s.).

⁴⁵ Il ne s'agit pas ici de reléguer les usages au rang de droit souple, alors qu'ils ont tant peiné à être reconnus comme droit dur. D'ailleurs, l'étude annuelle du Conseil d'Etat consacrée au droit souple range la coutume internationale, les usages de l' (ex) article 1135 du code civil et les usages d'entreprise dans la catégorie du « droit dur », tout en soulignant que certaines traditions sont sans caractère obligatoire, à l'instar de la tradition du portrait du président de la République dans les salles de mariage ou de la tradition du *schlupf* en Alsace-Moselle (Le droit souple, 2013, La documentation française, n^o 1.3.2).

⁴⁶ Puisque le recours pour excès de pouvoir est ouvert contre les actes souples « lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent ».

⁴⁷ G. Abi-Saab, « Eloge du « droit assourdi » », in *Mélanges F. Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 59, sp. p. 62.

de normalité ne pourraient-ils pas être utilement remplacés par la recherche de la prévisibilité de la pratique invoquée comme norme ? Certes, le critère n'est pas moins flou mais il permet de bénéficier de l'expérience contentieuse en la matière, celle, avancée, de la Cour européenne des droits de l'homme et celle, en développement, de la Cour de cassation lorsqu'elle évalue à cette aune sa propre jurisprudence⁴⁸. Cette prévisibilité peut se construire de nombreuses manières, ce qui correspond aux nombreuses manières dont une pratique peut devenir la norme : une pratique suivie par tous rend ce comportement prévisible ; une organisation professionnelle dont les contrats types sont usuellement utilisés rend leurs stipulations prévisibles ; le fait d'être un professionnel de la profession ou non⁴⁹, d'être un professionnel d'une autre profession mais intervenant sur le même secteur d'activité, d'être un professionnel aguerri aux usages internationaux, d'être en relations d'affaires continues, sont autant d'éléments pouvant se recomposer au cas par cas pour discerner la portée normative de chaque pratique. En appliquant ainsi aux éléments traditionnels de l'usage des grilles de lecture plus contemporaines, cette notion pourrait se révéler bien plus moderne qu'il n'y paraît et bien plus adaptée au système juridique actuel qu'on ne le pensait.

⁴⁸ Notamment pour juger de la modulation ou non d'une évolution, ex. Cass. Com., 15 mars 2023, n° 21-20.399, publié.

⁴⁹ L'expérience et la compétence du professionnel sont souvent mentionnés pour souligner le fait qu'ils ne pouvaient ignorer un usage, ex. Com. 23 septembre 2014, n° 13-19.108.

LA NOTION D'USAGES EN DROIT ADMINISTRATIF¹

Pascale Gonod

Professeur de Droit public à l'Université Paris 1 Panthéon-sorbonne

Des rétrogrades « Usages du monde, règles du savoir-vivre de la société moderne »² de la Baronne Staffe, au magnifique et essentiel récit de voyage de Nicolas Bouvier, « L'usage du monde »³, la littérature donne à voir le caractère tout caléidoscopique de l'usage des usages.

Si l'usage peut être défini comme une « pratique, manière d'agir ancienne et fréquente, ne comportant pas d'impératif moral, qui est habituellement et normalement observée par les membres d'une société déterminée, d'un groupe social donné »⁴, alors il y a, a priori, quelque paradoxe à envisager l'usage en droit administratif. En effet, dès lors que l'usage exprime l'autonomie d'un groupe social et que l'on prend acte de ce que le droit administratif a pour caractéristique première d'être par essence un droit d'inégalité, un droit de privilèges et de sujétions, on comprend aisément que ce droit étatique puisse mal s'accommoder de la formation par les individus d'une source de comportement, de manière d'agir tirant son autorité de sa répétition, de sa constance et de son ancienneté. Le droit administratif apparaît aussi réfractaire aux usages, et René Chapus remarque que « la récolte [y] est maigre »⁵. Que le vocable ne figure pas même en entrée des index des manuels et traités de droit administratif actuellement en usage dans les facultés de droit⁶ ou dans les

¹ Le présent texte, à l'origine de la présentation orale faite le 4 octobre 2024 dans le cadre de la Chaire de droit des contrats publics, est issu d'un chapitre du « Traité des études juridiques » dirigé par A. Ferraci, M.Heitzmann-Patin, J .Padovani, F.Poulet, à paraître en 2025.

² Paris, 1892, « code », « manuel contenant les lois du savoir-vivre » selon ses mots (avant-propos).

³ Droz, 1963.

⁴ TLF.

⁵ Préface à G.Teboul, « Usages et coutume dans la jurisprudence du Conseil d'Etat », LGDJ, BDP n°153, 1989, p. XIV.

⁶ Parmi les ouvrages consultés : N.Chiffot, M.Tourbe, Droit administratif, Sirey, 2022 ; G.Dumont, J.Sirinelli, Droit administratif, Dalloz, 2021 ; J-F. Lachaume et alli., Droit administratif, PUF, 2023 ; B.Plessix, Droit administratif général, LexisNexis, 2022 ; J.Petit, P-L.Frier, Droit administratif, LGDJ, 2023 ; B.Stirn et Y.Aguila, Droit public français et européen, Dalloz, 2024.

dictionnaires de droit administratif⁷ ne saurait donc surprendre. Il y a un véritable fossé entre les juristes de droit public et les juristes de droit privé : les seconds travaillent la question de longue date⁸, sur la base d'une définition livrée par la Cour de cassation dès 1861, selon laquelle l'usage est une « pratique habituellement suivie dans un milieu donné... en vertu d'une règle non exprimée s'imposant comme une règle de droit »⁹ ; les premiers peuvent difficilement adhérer à l'idée selon laquelle les usages sont des « comportements généralisés dotés d'une force normative »¹⁰.

Pour autant, la théorie juridique de droit public et administratif ne se désintéresse pas des usages, ou des phénomènes qui lui sont associés, au moins pour deux motifs, le premier d'ordre structurel, le second plus conjoncturel. Tout d'abord, dans cette mesure où si l'on comprend, aussi, le droit administratif comme étant le droit applicable à l'Administration, il est difficile d'ignorer que le fonctionnement de cette dernière procède d'un rituel¹¹ au sein duquel l'usage à toute sa place. En effet, « l'administration accorde une place essentielle aux précédents et aux comportements traditionnels, par lesquels elle résiste au temps, se projette dans l'avenir et prétend le dominer. Les conduites administratives vont être modelées à partir des règles léguées par l'expérience avant d'être adaptées aux nouvelles conditions socio-économiques »¹². Reste que si la machine administrative se meut en mobilisant ses propres pratiques, ces dernières sont généralement inscrites dans des textes qui les codifient et les normalisent : dans le champ administratif, le culte de l'écrit explique sans nul doute une certaine relégation des composantes de ce ritualisme. Ensuite, la promotion dans le champ juridique du droit souple¹³ constitue, depuis l'étude annuelle pour 2013 du Conseil d'Etat, un puissant moteur d'interrogation sur les sources du droit administratif. Cette étude procède en effet du double constat qu'existent, et se sont développées, en marge des sources traditionnelles du

⁷ Par exemple, A. Van Lang et alli, « Dictionnaire de droit administratif », Sirey, 2021.

⁸ V. en particulier F. Geny, « Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif », 2^e édition Paris 1919.

⁹ Cass. civ., 12 févr. 1861, DP 1861. 1. 120.

¹⁰ P. Mousseron, « Droit des usages », IDU/LexisNexis 2^{ème} édition, 2023, p.5.

¹¹ J. Chevallier et D. Loschak, « Traité de science administrative », t.2, p.165.

¹² Ibid, p.166.

¹³ Cette expression désigne différents types d'actes (recommandation, guide de bonnes pratiques, charte, directive, protocole...) qui ont pour objet de modifier ou d'orienter les comportements de leurs destinataires en suscitant leur adhésion. S'ils ne créent pas de droits ou d'obligations pour leurs destinataires, ils s'apparentent formellement aux règles de droit. Leur adoption par les autorités administratives, le plus souvent « imposé » par l'exercice du pouvoir hiérarchique, constitue une notable illustration d'un procédé d'action qui se situe originellement dans l'infra-droit, et donc en marge du modèle d'administration autoritaire classique. Il ne s'agit pas d'ordonner, de prescrire ou interdire, mais plutôt d'inciter ou orienter.

droit, d'autres sources « malaisées à cerner et à systématiser, [...] sur lesquelles les prises sont parfois minces et qui souvent reposent sur certaines formes de consensus croissent de manière constante et contribuent à orienter les comportements » d'une part, et que, d'autre part « les personnes publiques sont de grandes émettrices et utilisatrices de ce type de droit »¹⁴. Partant, l'ambition affirmée de l'étude est « de contribuer à prendre la pleine mesure d'un phénomène dont l'importance ne peut plus être ignorée, et de doter les pouvoirs publics d'une doctrine de recours et d'emploi du droit souple. »¹⁵. Depuis lors, le phénomène du recours au droit souple est reconnu et pris en compte par le droit : le juge administratif accepte d'en connaître depuis les « grands arrêts » Société Fairvesta international GMBH et Société NC Numéricable du 21 mars 2016¹⁶. Par suite, alors qu'à la différence des juristes de droit privé notamment¹⁷, les spécialistes de droit administratif ont longtemps dédaigné ces sources informelles du droit -les travaux de Gérard Teboul et plus spécifiquement sa thèse publiée en 1989 portant sur « usages et coutume dans la jurisprudence du Conseil d'Etat » faisant pour l'essentiel exception¹⁸-, un regain d'intérêt à leur endroit est aujourd'hui sensible.

Que les usages ne se laissent pas aisément saisir, que leur force juridique soit incertaine explique sans doute leur sort. Leur existence incontestée, comme leur présence accrue dans le champ du droit administratif, justifie néanmoins d'accepter l'inconfort de ce terrain, situé entre les faits et le droit, dans lequel évoluent les usages, pour tenter de les identifier. Pour y procéder, une connaissance immédiate des usages livre deux indications utiles.

En premier lieu, l'on doit remarquer que pour aborder l'usage –ou les usages- le singulier lui est généralement refusé, au profit du pluriel : ainsi en est-il de la thèse de G. Teboul « Usages et coutume... », ou encore du « Droit des usages » de Pierre Mousseron. L'utilisation du pluriel inviterait à

¹⁴ La Doc. Fr., p. 5.

¹⁵ Ibid., p.7.

¹⁶Dans ces deux affaires, le Conseil d'État a jugé qu'il peut être saisi de recours contre des actes de droit souple des autorités de régulation, lorsque ces actes sont de nature à produire des effets notables ou à influencer de façon significative les comportements des acteurs du secteur. Par la suite, il a de plus estimé que, dès lors qu'il présente un caractère général et abstrait, l'acte de droit souple est traité comme un acte réglementaire (C.E., 23 décembre 2020, Ass. Autisme espoir vers l'école, et reconnaît que la justiciabilité des actes de droit souple s'étend - les lignes directrices et un nombre accru de circulaires sont susceptibles de recours (C.E., 12 juin 2020, Gisti)-, mais que les moyens invoqués à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir formé contre le refus d'abrogation d'un acte de droit souple sont limités (C.E., 7 juillet 2021, M. E.. et autres).

¹⁷ V., pour un exposé d'ensemble, P.Deumier, « Le droit spontané », *Economica* 2002.

¹⁸ Avec quelques études thématiques, telle celle de F.Colin, « Les usages locaux, source du droit administratif », *RFDA* 2007, p.466.

déterminer les usages par voie d'énumération et non par voie de compréhension. Or, la recherche des usages par énumération relève davantage d'une approche sociologique que d'une approche juridique, en ce sens que dans ce dernier champ, le droit est le révélateur de l'usage. De plus, ce pluriel suggère que l'usage ne constituerait pas à proprement parler une notion, mais un simple fait. Il est néanmoins possible de construire une approche des usages en les envisageant dans leur unité, ce qui n'est pas contradictoire avec le choix du pluriel, lequel paraît s'imposer dans cette mesure où l'autorité du fait qui forge l'usage à force de répétition, peut ou non relever, et selon des processus eux-mêmes divers, du champ du droit, constituer ou non une source du droit administratif¹⁹.

En deuxième lieu, les usages se confondent avec des comportements pour lesquels le droit sert de révélateur. De prime abord en effet, les usages ont en partage avec la tradition, la pratique, la coutume²⁰ des éléments constitutifs communs, comme le met en évidence le « vocabulaire juridique » de Gérard Cornu²¹. Une double signification est affectée au mot usage : « espèce de source de droit », il est assimilé à la coutume d'un côté ; d'un autre côté, il correspond à une « pratique », une « manière habituelle d'agir » dont la « force obligatoire est variable ». La tradition y est définie comme une « pratique héritée du passé qui peut être un élément d'un usage ou d'une coutume », et dont on sait qu'elle peut être comprise comme désignant la transmission de connaissances ou de manières de faire qui tire son autorité de son fait. La pratique quant à elle peut être déterminée comme ... une « façon habituelle d'agir qui, par la répétition, peut donner corps à un usage ou une coutume ». Enfin, si la coutume est considérée comme une source du droit, ce n'est pas toujours le cas de l'usage. Pourtant, et souvent, l'une et l'autre sont utilisées comme synonymes. Il règne donc un certain chaos dans la mobilisation des vocables, comme en atteste, pour s'en tenir à une seule illustration, la qualification par la théorie juridique dans le cadre du débat né de l'affaire Kress et ses suites²², de la présence du commissaire de gouvernement au délibéré, nommée tour à tour, d'usage, de tradition, de coutume²³. Les incertitudes ne

¹⁹ De plus, quand elles y réfèrent explicitement aux usages, les sources écrites consacrent le pluriel, voir ci-après.

²⁰ TLF : « Synon. *coutume, habitude, tradition, us.* ».

²¹ G. Cornu, « Vocabulaire juridique », PUF, 2007. Les citations qui suivent sans référence en sont issues.

²² CEDH, 7 juin 2001, Kress et CEDH, 12 avril 2006, Martinie, GAJA n°106.

²³ Ainsi. G Teboul explique dans sa thèse nourrir sa recherche des « usages auxquels le juge administratif réfère expressément. C'est ainsi que nous étudierons toutes sortes d'usages : pratiques administratives, traditions locales, usages du commerce, etc. », op.cit., p.20. V. C-A. Dubreuil, « Conclusion » dans « la Coutume », La revue, n°2, mars 2013, p.139, <https://www.calameo.com/books/0065052690bbaff4abbc4>.

sont pas seulement le fait des observateurs mais des autorités normatives elles-mêmes, Cour de cassation et Conseil d'Etat ayant en partage d'aborder les usages par les pratiques.

Détermination par énumération ou compréhension ? Autonomie de la catégorie « usages » ? Ce regard superficiel permet de saisir combien la question de la juridicité figure au cœur d'une approche, en droit administratif, des usages. L'examen des sources traditionnelles du droit administratif rend compte d'une reconnaissance des usages (I), dont les éléments constitutifs sont principalement établis par la jurisprudence (II) et dont la force juridique incertaine est un trait fondamental (III).

I. La reconnaissance des usages

Les usages apparaissent formellement de manière si résiduelle dans les lois et règlements que l'on pourrait les considérer comme presque inexistantes. Reste que ces textes livrent quelques indications sur ce qu'ils sont. Ainsi, une investigation dans une quinzaine de codes – investigation non exhaustive donc – montre qu'il est fait très exceptionnellement appel aux usages, au sens de comportement²⁴. La référence aux usages²⁵ est en premier lieu totalement absente des codes suivants : Code des relations entre le public et l'administration, code de justice administrative, code général de la fonction publique, code de l'éducation (alors qu'y figurent les traditions), code général de la propriété des personnes publiques, Code de la recherche, code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, code de l'expropriation, code pénitentiaire. Et dans les codes où l'on repère de telles occurrences, celles-ci sont elles-mêmes très peu abondantes, le code général des collectivités territoriales qui en comporte le plus n'atteignant pas quantitativement le chiffre de 10... Quels enseignements déduire de la référence aux usages dans les quelques dispositions de valeur législative ou de valeur réglementaire rencontrées ?

Tout d'abord, les usages ne sont qu'une référence, laquelle ne comporte pas d'explicitation de ce qu'ils sont ou pourraient être. Tout au plus sont-ils qualifiés : usages locaux²⁶ – dont la mention domine en nombre- (CGCT, code de la défense, code de la sécurité intérieure), usages de la profession (code de la commande publique, art 102 ter du code général des impôts), usages du commerce (CGCT). Seul le code de la défense fournit une indication pour

²⁴ L'usage est mobilisé au sens courant, avec le plus souvent une qualification (domestique, collectif, agricoles et pastoraux, social ...d'une chose), le caractère public ou privé de l'usage d'une chose, du commerce... ou encore les droits d'usage.

²⁵ Sur celle de tradition, avec lequel le vocable est confondu, voir P.Gonod, loc. cit.

²⁶ F.Colin, « Les usages locaux, source du droit administratif », RFDA 2007, p.466.

identifier les usages locaux, puisque c'est « d'après les renseignements obtenus auprès des chambres départementales d'agriculture ou des services départementaux compétents du ministère chargé de l'agriculture » qu'ils peuvent être établis en vue de la détermination des « périodes culturales » prise en compte pour arrêter le règlement des indemnités de réquisition (article D2234-30). Ainsi, les usages peuvent être abordés par activités ou par territorialité, ou, pour le dire autrement, ils apparaissent d'une grande variété.

Ensuite, ils sont fréquemment associés à d'autres sources guidant les comportements des acteurs, qu'elles soient identifiables comme normes juridiques, ou non. Au titre des premières, on se réfère dans le CGCT aux « conditions prévues par les textes et usages actuellement en vigueur [...], conformément à ces textes et usages » (article L2421-19 CGCT), « en vertu des lois et usages locaux » (L 2131-11 CGCT), « eu égard aux dispositions législatives ou réglementaires ou aux usages en vigueur » (L2421-12 CGCT), aux « dispositions législatives et les usages qui régissaient... » (L2421-20CGCT). De son côté, le code de la défense fait état des « règles et usages en vigueur » (D 3223-26), ou encore des « coutumes et usages locaux » (D2234-33), et le code général des impôts, en son article 204H, associe les usages à d'autres sources de droit (« ... telle qu'elle résulte de la loi, des conventions collectives et accords collectifs, des contrats ou des usages... »). Au titre des secondes, le Code de la commande publique fait état de « l'usage ou des bonnes pratiques » (R2192-17et R. 3133-16) pour l'une des deux seules citations des usages du code²⁷. La source « normative » peut de plus être reléguée au profit de l'implantation territoriale de l'usage. Ainsi, le CGCT procède à une assimilation au profit d'une formule englobante : « Pour l'application du premier alinéa, les mots : " des lois et usages locaux " sont remplacés par les mots : " de dispositions applicables localement " » (L2573-45). Ce faisant, il y a lieu de s'interroger sur la possible hiérarchie des sources mobilisées par le pouvoir normatif (sans préjuger de leur normativité), et le caractère normatif ou non des usages.

Enfin, un élément de temporalité semble constituer la considération par le législateur de l'usage : « Lorsque, d'après un ancien usage, les biens communaux sont concédés par lots séparés... », « en cas de vacance, l'usage décide lequel... », prévoit ainsi l'article L2544-13 du CGCT. L'usage ne vaut ici qu'en tant qu'il s'inscrit durablement dans le temps.

Quand bien même la règle statistique puisse venir éclairer la règle juridique -sans jamais s'y substituer-, l'extrême rareté de l'appel aux usages

²⁷ V. « Les usages dans la commande publique », 4^e colloque annuel de la chaire de droit public des contrats, Lyon, 4 octobre 2024.

par le pouvoir législatif et le pouvoir réglementaire n'autorise évidemment pas les généralisations. Et ce d'autant que l'absence de fixité de la mobilisation des usages fait défaut : les différents articles cités ici peuvent par suite faire l'objet de diverses interprétations, notamment quant au caractère normatif des usages. En revanche, cette exploration apporte à la caractérisation des usages.

Si le droit écrit n'apporte guère à la compréhension de l'objet « les usages », son application est susceptible de livrer quelques informations. Aussi, l'analyse de la jurisprudence permet de cerner dans quelle mesure et de quelle manière les usages sont appréhendés par le juge administratif²⁸, la jurisprudence fixant les éléments constitutifs.

II. Les éléments constitutifs des usages

Les usages sont caractérisés par la jurisprudence : les éléments d'ancienneté, de généralité et de constance apparaissent invariablement, et leur sont ajoutés, selon leur nature, des indicateurs propres à un domaine d'activité ou à un territoire où lesdits usages se déploient. Très explicitement dans une affaire jugée en 1994²⁹, le Conseil d'Etat affirme : « par usages, il y a lieu d'entendre 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 ». L'approche des usages est ouverte : outre que les composantes énumérées ne sont pas exclusives (« notamment »), un cumul des composantes ne paraît pas s'imposer (« ou »).

La systématisation de la jurisprudence qui mobilise ou fait application des usages, ou des usages locaux³⁰ auxquels il est fait le plus souvent référence dans notre corpus juridique, reprend ces caractères dits formels. D'une part, l'ancienneté des usages est une exigence première, que le juge apprécie non pas en fixant des critères objectifs, mais en usant des expressions telles que « de haute date », « de longue date », ou en indiquant que les usages sont « très anciens ». D'autre part, la constance, qui renvoie à une répétition dans le temps d'un même phénomène : outre que son interruption n'est pas incompatible avec

²⁸ Une recherche dans les textes d'application reste à mener, et, ne pouvant l'être dans le cadre de cette contribution en raison de son caractère titanesque, elle est par suite exclue du champ de la présente exploration. Or, cette exploration serait d'autant plus précieuse qu'existe des documents réunissant des usages, telle la « Codification des usages locaux à caractère agricole du département de la Moselle approuvée par le conseil général le 9 janvier 1961 », cité *in* G. Jurie, *Usages lorrains et domanialement publique*, AJDA 2004. 930 (cité par F. Colin, *ibid.*).

²⁹ C.E., 6 juillet 1994, société Profat Investissements, n°116079.

³⁰ G. Teboul, *op.cit.*, F. Colin, *loc.cit.*. On renvoie ici le lecteur aux espèces étudiées par ces deux juristes.

la continuité du phénomène³¹ – ce que suggère la condition de fréquence plutôt que de constance retenue par le Conseil d'Etat en 1994- la répétition requise n'impose pas une multiplicité indéfinie³². De plus, la généralité peut être comprise comme un accord, au sein d'un groupe social, sur un comportement déterminé. Si le degré de généralité de l'usage n'équivaut pas à une unanimité dans ce groupe, il doit du moins faire consensus en son sein, c'est-à-dire y être « observé sans contestation ». Pour cerner ce caractère de généralité, G.Teboul dissocie d'un côté l'usage individuel de l'usage général, puis l'usage collectif et l'usage général, et d'un autre côté l'usage général de l'usage local, avant d'aborder les deux terrains d'épanouissement des usages dans la jurisprudence que sont les contentieux du pavage de la voirie et du curage des cours d'eau non navigables³³. Il en résulte à ses yeux que « la généralité de l'usage n'est pas une condition de son applicabilité »³⁴, le juge ayant recours à des usages individuels ou collectifs.

Les caractères formels des usages ne sont pas exclusifs : le juge apprécie leur normalité « notamment » au regard de leur ancienneté, de leur fréquence ou de leur généralité. Il n'est par suite pas interdit d'avancer d'autres critères pour identifier l'usage, en particulier au regard du contenu de l'usage : rationalité, loyauté, fixité ont ainsi pu être avancés³⁵.

La caractérisation des principaux traits des usages conduit le juge comme la doctrine à faire appel à des notions voisines. Ainsi, la constance nécessaire à la qualification d'usage est-elle liée à la tradition : le caractère traditionnel d'un usage signifie sa pratique constante : « La référence au caractère traditionnel peut signifier dans certains domaines le maintien de certaines techniques anciennes nonobstant les « progrès » de la mécanisation ; on pense notamment aux techniques de vendanges (CAA Nantes 5 oct. 2001, *GAEC Denechaud*, n° 99NT00882) »³⁶.

³¹ Sur l'usage local de l'emploi civil des cloches, voir CE, 14 octobre 2015, n°374601.

³² Ainsi, « le souvenir de deux opérations de curage est suffisant pour constituer un usage local ancien : CE 30 mars 1917, *Menjot et autres*, Lebon 305 ; CE 30 mars 1936, *Ministre de l'Agriculture*, Lebon 418 », cité par F.Colin, loc.cit.

³³ Pour des exemples récents de ces deux contentieux, voir respectivement CE 14 févr. 1996, *Commune de Nontron*, n° 139509 et CAA Marseille 19 juin 2003, *M. Roger-Joseph X*, n° 99MA01670

³⁴ Op.cit., p.60.

³⁵ Op. cit., p. 63s et la jurisprudence citée.

³⁶ F.Colin, loc.cit.

Les comportements répétés répondant à certaines caractéristiques permettant de les qualifier d'usages semblent pouvoir tour à tour revêtir une force ou non obligatoire dans le champ juridique.

III. La force juridique des usages

L'autorité des usages ne relève pas nécessairement du champ juridique : sa force peut relever de la sanction juridique, mais aussi en être dénuée, et puiser sa force obligatoire de l'adhésion généralisée, de l'acceptation d'un comportement ancien et répété. Ces traditions, pratiques, usages sont observables dans nombre d'administrations publiques, et possiblement en marge d'une norme juridique. La révélation de leur existence naît le plus souvent d'une confrontation entre l'usage et la règle juridique, laquelle ne pose pas difficulté juridique puisque lorsqu'une concurrence s'installe sur un même objet, la norme juridique prévaut. Les pratiques observées au sein de ces deux institutions que sont le Conseil d'Etat et la Cour des comptes sont tout autant appliquées en l'absence de règle juridique (c'est le cas du caractère écrit de la procédure juridictionnelle³⁷ ou de l'interdiction d'adresser des injonctions à l'administration), que contre la règle de droit : dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle, leur indépendance est notamment garantie par des règles non opposables juridiquement, soit des pratiques ancrées de longue date dans leur fonctionnement, tels l'avancement à l'ancienneté des membres du Conseil d'Etat, ou encore les nominations prononcées en son sein et à la Cour des comptes sont sans doute les plus significatives³⁸. Au sein des administrations, les pratiques, usages, traditions sont souvent prioritairement suivies par les agents, sans considération nécessaire –voir connaissance- de la règle de droit – quand elle existe-, et dont l'interprétation par voie administrative est elle-même source d'usages. Autrement dit, les comportements répondant à des pratiques anciennes, fréquentes ou générales regardées comme normales assurent le fonctionnement des administrations. Cette situation n'interdit pas que l'usage puisse être transmuté en règle de droit, de manière médiate, par sa réception par une autorité normative : « Sans doute, un usage n'est pas un fait comme les autres. Il porte en lui une vocation à être recueilli et érigé en règle. Mais cette vocation ne peut s'accomplir que par l'intervention d'un agent extérieur. Ce peut être celle d'une autorité établie : le législateur, le juge. Ce peut être celle

³⁷ F.Blanco (dir) « L'oralité dans le procès administratif », à paraître 2024.

³⁸ Voir les illustrations, dans P.Gonod « National traditions in french administrative law », dans M.Ruffert (dir.), « Administrative law in Europe: Between common principles and national traditions », Europea Law Publishing, 2013, p.35. ; « A propos des traditions en droit administratif », dans A.Zaradny, N.Wolff, T.Fleury Graff (dir.) , « La fin du droit », Mare et Martin, 2015, p.103 ; M.Altwegg-Boussac et alli (dir.), « les Usages de la tradition dans le droit », Mare et Martin, 2015. loc.cit.

de la conviction sociale que l'usage a force de droit. Dans tous les cas, l'usage aura été la source matérielle de la norme juridique. »³⁹.

Ce n'est donc que par transmutation que l'usage, élément de fait, est possiblement porteur d'une norme juridique. Encore faut-il que celle-ci soit révélée. Or, l'étude de la jurisprudence administrative rend compte de ce que l'usage est un élément de formation de la coutume, comprise comme source de droit : s'interrogeant sur la question de savoir si, état de fait, l'usage a ou non « donné naissance au droit objectif, à une règle de droit ? »⁴⁰, le juge administratif « constate, dans un premier temps, qu'il existe au sein d'un groupe social un usage s'énonçant sous la forme d'un comportement répétitif (« tel comportement a lieu régulièrement ») et qu'il indique, dans un second temps, que ce comportement « peut » ou « doit » avoir lieu, alors il est certain que l'on pourra affirmer qu'une norme juridique coutumière existe dans le domaine dans lequel le juge a statué. En effet, en acceptant de considérer qu'un comportement habituel est permis ou est obligatoire, le juge nous montre qu'il existe dans l'ordre juridique une norme permissive ou prescriptive enfantée par l'usage. »⁴¹.

Autrement dit, c'est en tant qu'ils sont possiblement révélateurs de l'existence d'une coutume que les usages trouvent leur place dans le champ du droit administratif. En quelque-sortes par ricochet, l'étude des usages est un simple préalable à une autre étude, celle du rôle du droit coutumier : quand il n'a pas été codifié, il peut être mobilisé pour pallier les insuffisances des textes, rapporter ou qualifier des situations de fait, et même constituer un titre de compétence⁴². Reste que, d'un point de vue strictement juridique, l'importance de la place qu'occuperait l'usage dans la jurisprudence administrative, défendue par certains⁴³, ne paraît pas devoir être surestimée, pas plus que la mutation dans les modes de formation du droit administratif qu'elle engendrerait.

³⁹ R.Chapus, préface à G.Teboul, *op.cit.*, p.XIII.

⁴⁰ G.Teboul, *op.cit.*, p.11.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² V. l'exposé général établi par C-A Dubreuil, *loc.cit.*

⁴³ G.Teboul, *op.cit.*, p.299.

LES USAGES DANS LA FORMATION DU CONTRAT EN DROIT PRIVE

Pierre Mousseron
Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier
Président de l'Institut des usages

- Le recours à un prestataire informatique pour le dépôt des offres ;
- l'allotissement pour favoriser les offres d'entreprises locales ;
- le recours (ou le non-recours) à la signature ou à l'archivage électronique ;
- l'absence de contrôle effectif en dessous d'un certain seuil dans le cadre du contrôle de légalité par les préfetures ;...

Ces comportements relatifs à la formation des opérations de commande publique pourraient éventuellement constituer des usages au sens retenu dans cet ouvrage de « *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* ».

Ils auraient alors un régime propre issu de principes et de règles étatiques le plus souvent de droit privé et accessoirement de droit public¹. Si ce clivage public/privé n'est pas nécessairement pertinent pour des usages relatifs plus à des communautés qu'à des divisions juridiques, le fait est (et les faits sont têtus...) que les esprits juridiques français ont du mal à sortir de cette *summa divisio*. Et lorsque des usages relèveront des autorités et notamment des juridictions administratives, comme ce sera le plus souvent le cas en matière de commande publique, ces autorités seront habitées par leurs réflexes publicistes. L'attendrissement des esprits juridiques publicistes français contemporains visés par le présent ouvrage invite donc à conserver cette division pour étudier ces usages lorsqu'ils relèvent de la commande publique.

Toutefois, même dans cet esprit dichotomique penchant vers son versant publiciste, il est également paru utile, dans la double mesure où les privatistes

¹ Pour une illustration récente du particularisme administratif relatif à un usage conditionné par un agrément ministériel dans un établissement public de santé : Cass. soc. 3 juillet 2024, n°22-22360, Chronique *Usages* JCP éd. E, 2024, 1329, n°3, obs. P. Mousseron.

font une utilisation plus courante des usages et où les publicistes sont curieux², de se pencher vers l'expérience civiliste. Dans le plan chronologique de l'étude objet de cet ouvrage, nous nous proposons d'étudier ici le rôle des usages en Droit privé dans la formation des contrats en se focalisant sur des questions qui pourraient influencer la commande publique.

Dans cette perspective orientée, intéressons-nous au rôle des usages dans les conditions de fond (I) et de forme (II) de ces contrats privés.

I. Usages et conditions de fond des contrats privés

Les usages sont principalement pertinents à propos de deux conditions de fond des contrats privés : la capacité des contractants (A) et le contenu du contrat (B).

A. Capacité des contractants

L'article 1148 du Code civil « nouveau » issu de la réforme de 2016 entrée en vigueur en 2028 fait une triple référence aux usages :

« Toute personne incapable de contracter peut néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales ».

Cette triple référence, dès lors que l'appréciation du caractère courant ou de la normalité des conditions mobilise des vérifications usuelles, doit en outre être multipliée par le nombre de parties au contrat en cause et encore multipliée par deux en cas de recours à des représentants dans la mesure où il faut alors vérifier la capacité du représenté et celle du représentant.

En outre, l'exigence de capacité des personnes morales a fait son entrée discrète mais explicite dans le Code civil³. L'article 1145 alinéa 2 du Code civil dispose désormais : *« La capacité des personnes morales est limitée aux actes utiles à la réalisation de leur objet tel que défini par leurs statuts et aux actes*

² Le même compliment peut s'adresser aux privatistes dont certains ont cherché à étudier des techniques d'origine publique comme celle de l'appel d'offre : L. Bettoni, *L'appel d'offres privé*, Bibl. dr. entreprise, t. 92, LexisNexis 2018.

³ P. Mousseron, *Le nouveau régime de la capacité contractuelle des sociétés : la boussole de l'objet social*, Recueil Dalloz 2016, p.906 ; *Capacité et pouvoir : les nouvelles règles d'engagement des sociétés*, in *La réforme du droit des contrats. Incidences sur la vie des affaires*, Actualités de Droit de l'entreprise, t. 32, LexisNexis, p. 19.

qui leur sont accessoires, dans le respect des règles applicables à chacune d'entre elles ».

Ces textes confèrent un effet validateur à l'usage dès lors que l'article 1128, 2° du Code civil range explicitement la capacité de contracter comme condition de validité du contrat (entre « *le consentement des parties* » et « *un contenu licite et certain* »). Cela d'autant plus remarquable qu'il n'est pas certain que les assouplissements issus du mécanisme de l'apparence qui ne sont explicitement évoqués par le Code civil qu'à l'article 1156 du Code civil à propos des questions de représentation, puissent être mobilisés en matière de capacité⁴.

Les privatistes pourraient espérer que ces innovations irriguent le Droit de la commande publique par ricochet en affectant des actes conclus par des opérateurs publics avec des personnes privées agissant avec des personnes privées incapables (gérant non-authorized par les statuts) ou directement en s'appliquant à la capacité des personnes publiques elles-mêmes. A cet égard, ils pourraient souligner que le Droit administratif a déjà puisé dans des concepts privés en matière de formation des contrats. Dans un arrêt du 8 octobre 2014, le Conseil d'Etat a ainsi donné effet au motif de « *l'exigence de loyauté des relations contractuelles* » à un contrat signé par un maire sans autorisation du conseil municipal⁵.

Cet effet validateur reconnu aux usages en Droit privé paraît toutefois peu probable. Les tribunaux privés, peu sollicités sur ces questions, ne se sont pas appropriés ces textes lesquels sont d'ailleurs peu enseignés.

On pourrait alors solliciter la notion de compétence reconnue en Droit privé pour les organes sociaux. Ici aussi, ces questions sont peu mises en lumière en Droit privé. En outre, il est peu probable que le régime civil et commercial puisse s'étendre en Droit de la commande publique en assouplissant les fines et spécifiques exigences gouvernant les questions de compétence du Droit administratif des contrats⁶.

⁴ P. Mousseron, *Droit des usages*, n°556.

⁵ CE 8 octobre 2014, n°370588, *Commune Entraigues-sur-la-Sorgue*.

⁶ Pour une illustration de la spécificité de ces règles administratives en matière de contrats relatifs à l'occupation du domaine public : CE 8è-3è ch. réunies, 21 décembre 2023, n°471189, *M.A. et a c. Commune de Clomot*, *Revue des contrats* septembre 2024, p. 70, note F. Lombard.

B. Exigences relatives au contenu du contrat

Issue de la réforme du Droit des contrats de 2016, le concept de « contenu du contrat » est un concept hétérogène qui contient les notions de but, de prix, d'objet, d'équilibre. Son introduction n'a pas suscité l'enthousiasme chez les meilleurs commentateurs de la réforme⁷. Pour ce qui concerne les usages, les dispositions relatives au prix et à l'objet nous retiendront seules ici.

1. Détermination du prix

Le régime général du prix dans le Code civil ne fait pas expressément référence aux usages.

S'agissant des régimes spéciaux applicables aux prix de certains contrats plusieurs relèvent des usages⁸. Il en va ainsi de celle des experts ou des honoraires d'avocats :

L'article 11.2 du Règlement Intérieur National des Avocats dispose : « ...*Les honoraires sont fixés selon les usages, en fonction de la situation de fortune du client, de la difficulté de l'affaire, des frais exposés par l'avocat, de sa notoriété et des diligences de celui-ci...* ».

Cette application des usages pourrait théoriquement être opposable à une collectivité territoriale qui contesterait des honoraires.

Le fait que ceux-ci soient déterminés strictement dans les procédures de la commande publique et ce pour une année laisse cependant peu de place à des contestations.

⁷ Nos Collègues Olivier Deshayes, Thomas Genicon et Yves-Marie Laithier écrivent ainsi : « ...*si l'article 1128 fait mention du « contenu » pour en faire une condition de validité c'est-à-dire pour énoncer qu'un contrat n'est valable que s'il a des effets licites et certains, l'avancée est minime. Pour produire valablement des effets, un contrat doit avoir des effets (...). Chacun appréciera le progrès spectaculaire que la réforme fait faire à la science juridique ! ... En somme, il ne faut pas se faire d'illusion : le contenu n'est qu'un contenant* » (*Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, 2^{ème} éd. , LexisNexis, 2018, p. 198.

⁸ On pourrait aussi renvoyer au prix du bail commercial pour lequel l'article L. 145-33 du Code de commerce énonce que la valeur locative est notamment déterminée selon : « *5° les prix couramment pratiqués dans le voisinage* ».

2. Détermination de l'objet

a En matière de détermination de l'objet des prestations de services, l'article 1163 du Code civil dispose :

« L'obligation a pour objet une prestation présente ou future.

Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable.

La prestation est déterminable lorsqu'elle peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire ».

L'article 1166 du Code civil qui date aussi de 2016, ajoute :

« Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie. »

Ces textes pourraient notamment s'appliquer à l'analyse de la qualité d'une prestation informatique rendue à une *entité privée ou publique*.

b Plus généralement, *« Il résulte de l'article 1194 du code civil que les usages élaborés par une profession ont vocation à régir, sauf convention contraire, non seulement les relations entre ses membres, mais aussi celles de ces derniers avec des personnes étrangères à cette profession dès lors qu'il est établi que celles-ci, en ayant eu connaissance, les ont acceptés »*⁹.

Cet effet déterminateur du contenu du contrat va au-delà du seul effet créateur d'obligations énoncé à l'article 1194 du Code civil. Par son large champ d'application et par la célébrité de son dispositif, il nous paraît plus facilement susceptible « d'exportation » devant les autorités et notamment les juges administratifs.

c Détermination subséquente par la révision de certaines clauses :

L'appel d'offre privé entre un organisateur et des soumissionnaires donne lieu à des clauses usuelles comme l'indemnité d'immobilisation dont le montant, s'il est excessif peut-être révisé.

Ici, ce serait l'effet neutralisateur¹⁰ des usages qui serait sollicité... dont on peut se demander s'il serait souhaitable et possible en Droit public compte tenu

⁹ Cass. com. 4 octobre 2023, n°22-15685, P. Deumier, RTDCiv. 2024, obs. p. 71.

¹⁰ P. Mousseron, *Droit des usages*, n°560 et s.

des objectifs propres et notamment celui de bonne gestion des deniers publics poursuivis par celui-ci.

Si l'expérience privatiste des conditions de fond laisse peu d'espoir d'exportation devant les juges administratifs, qu'en est-il en matière de conditions de forme ?

II. Usages et conditions de forme des contrats privés

Le Droit des usages impacte tout particulièrement deux conditions de forme des contrats : l'exigence d'écrit (A), et dans certains cas, la signature (B).

A. Usages et exigence d'écrit

L'article 1360 nouveau du Code civil permet de s'écarter de l'exigence d'écrit. Sa nouvelle version adoptée en 2016 dispose : « *Les règles prévues à l'article précédent reçoivent exception en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit, s'il est d'usage de ne pas établir un écrit, ou lorsque l'écrit a été perdu par force majeure.* »

Cet effet probatoire de l'usage a ainsi permis de neutraliser des clauses ajoutées à la main sans respect des usages du paragraphe¹¹.

En matière de commande publique, cette facilitation de la preuve pourrait rarement être invoquée contre l'administration ...peut-être en matière agricole où l'on admet généralement les contrats verbaux ?

B. Usages et signature

En Droit privé, les usages ont un rôle en matière de signature.

Ils ont ainsi permis de neutraliser des exigences formelles et notamment celle de la mention manuscrite requise de la caution indépendamment de toute invitation légale. La Cour de cassation a ainsi validé la mention manuscrite rédigée par une secrétaire « *chargée habituellement de la faire* » à la place de la caution¹².

De façon plus diffuse et même si la signature électronique des contrats privés devient fréquente, le fait d'être précurseur dans son utilisation peut faire

¹¹ Aix-en-Provence 7 janvier 2019, n°16/16330 et P. Mousseron, *Droit des usages*, n°640 et s.

¹² Cass. com. 20 septembre 2017, n°12-18364, JCP 2017, 1281, note Ph. Simler.

figure de gage de modernité et conférer une certaine aura professionnelle à celui qui l'aurait importé au sein d'une entité publique.

Ici, ce serait l'effet professionnalisant et réputationnel¹³ du Droit commun des usages qui serait disponible.

Conclusion

De façon plus synthétique, quels sont les rôles possibles de ce Droit privé commun des usages ?

- à titre *secundum legem* par exemple pour les rares cas où le Code de la commande publique y renvoie¹⁴ ;
- à titre *contra legem* : on frémit d'y penser. Pourtant cette situation se rencontre en matière de solidarité commerciale ;

¹³ P. Mousseron, *Droit des usages*, n°684 et s.

¹⁴ Le Code de la commande publique renvoie explicitement aux usages à trois reprises : Article R 2112-14 :

« 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. » ;

Article R 2312-12 :

« Les marchés de défense ou de sécurité 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 et substantiellement 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. 2312-11.

Toutefois, les marchés de fourniture de gaz ou d'électricité peuvent être conclus à prix ferme conformément aux usages de la profession. » ;

Article R 3133-16 :

« Lorsque le contrat de concession prévoit une procédure de vérification de la conformité des prestations, il peut prévoir que le délai de paiement court à compter de la date à laquelle cette conformité est constatée, si cette date est postérieure à la date de réception de la demande de paiement.

La durée de la procédure de vérification ne peut excéder trente jours. Toutefois, une durée plus longue peut être prévue par le contrat de concession, 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. A défaut de décision expresse dans ce délai, les prestations sont réputées conformes. ».

- à titre *praeter legem* :
 - pour les contrats de droit privé de l'administration ou en cas de contact avec une structure de droit privé, par exemple, quand une commune achète à une société de Droit privé ;
 - plus largement encore ce qui est douteux compte tenu de la formation actuelle des juges et des avocats qui plaident devant eux.

A titre *ultra legem* : au-delà de la conception étroite du Droit conçu comme ce qui est susceptible de sanction judiciaire pour devenir ce qui est susceptible d'effets simplement réputationnels et professionnalisants. Ainsi, avant la réception de travaux afférents à une commande publique, un maître d'oeuvre pourra se rapprocher de l'entité publique maître d'ouvrage pour une réunion informelle afin de limiter le nombre de réserves officielles qui alourdiraient la suite des relations entre les deux partenaires. Ce type de réunion nous a été présentée comme usuelle, comme un signe de professionnalisme de ses protagonistes en cela qu'elle facilite les relations juridiques entre les juristes et la formation de nouveaux contrats. L'observation de cet effet professionnalisant dans un monde de la commande publique que nous pensions rétif à l'informel nous a paru l'une des découvertes les plus intéressantes de ce colloque. C'est une autre cause de gratitude envers les responsables de la Chaire de Droit des contrats publics que de l'avoir permise.

LES USAGES DANS LA FORMATION DES CONTRATS PUBLICS

Frédéric Lombard
Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Le thème des usages en droit fait partie des sujets qui donnent spontanément à tout juriste le sentiment de la familiarité. Ce n'est certes que très récemment que la doctrine y a consacré des ouvrages dédiés¹ mais la notion fait partie de la culture générale commune des juristes français. Ce sentiment de familiarité n'est toutefois pas unanimement partagé : commun et presque naturel pour les civilistes ou commercialistes, il est fort peu éprouvé par les publicistes². La notion suscite même, pour ces derniers, une forme d'embarras qui est particulièrement aiguë dans le domaine des contrats administratifs qui se caractérise par une densité de normes écrites particulièrement élevée et par un souci d'objectivation des règles de formation qui fait mécaniquement reculer la place – potentielle – des usages.

Certes, il est facile d'identifier de manière spontanée et sans procéder à des recherches approfondies, des pratiques communes, habituelles, dans le champ de la commande publique. On peut, dans un premier mouvement de pensée, qualifier d'usage toute une série de pratiques : la fameuse « règle des 3 devis »³, la reproduction à l'identique de clauses ou de procédures dans certains contrats (alors que les textes ne l'exigent pas), l'uniformisation pratique des méthodes de notation (librement définies elles sont souvent très comparables), la composition des documents de la consultation... Chacune de ces pratiques s'explique souvent pour des raisons de « bonne administration »⁴. Aucune de ces pratiques n'est ne serait-ce que suggérée par un texte. Elles perdurent toutes cependant. Ces pratiques habituelles semblent former un terreau pour la

¹ P. Mousseron, *Droit des usages*, 2^e éd., 2023, LexisNexis.

² On en voudra pour preuve, indirecte, le faible nombre d'études sur ce thème (mentionnons cependant G. Teboul, *Usage et coutume dans la jurisprudence administrative*, LGDJ, *Bibl. de droit public*, t. 153, 1989 ; F. Colin, *Les usages locaux, sources de droit administratif*, RFDA 2007, p. 466) et, en corollaire, la rareté des études consacrées à la coutume ou la pratique en droit public (à l'exception remarquable, évidemment, de la thèse précitée de G. Teboul (ci-dessus).

³ C. Vaysse, *Pour en finir avec les trois devis*, JCP (adm.) 2024, étude 2233.

⁴ Ainsi, la règle des 3 devis est-elle présentée comme une règle garantissant le bon usage des deniers publics et une méthode simple pour organiser (ou plus précisément éviter l'engagement de) la responsabilité des gestionnaire et ordonnateurs publics.

reconnaissance d'usage. Elles ne sont, en outre, pas incongrues dans une logique et un contexte de droit souple.

Ce recensement est toutefois immédiatement accompagné d'une difficulté d'approche car la notion d'usage n'est pas usuelle en droit public. Deux raisons y contribuent nous semble-t-il. Si la source non écrite existe évidemment elle se limite souvent, dans l'étude du droit administratif, à la règle jurisprudentielle. L'étude des sources fait certes une place à la coutume (proche de l'usage) qui reste cependant peu fréquente et qui suscite un débat quant à sa valeur juridique⁵. Il en résulte une gêne de la doctrine et du juge sur le sujet de la coutume qui frappe aussi, par effet d'assimilation, les usages. Cette gêne est en outre renforcée par celle que l'on peut éprouver à l'égard du foisonnement du « droit spontané » ou « souple » que le juge administratif s'efforce d'ordonner ou du moins de contrôler (on pense ici aux directives, documents de portée générale, aux politiques de tolérances développées par certains services, que l'on peut placer dans cette catégorie générale). Dans la mesure où ce droit spontané ou souple est souvent formé d'une sorte de codification d'une pratique administrative, il s'approche franchement des usages⁶ : la méfiance éprouvée à l'égard des uns doit logiquement s'étendre aux autres.

Il apparaît ainsi que la notion d'usage n'est pas un sujet majeur en droit public (contrairement au droit privé⁷) et s'il suscite parfois la réflexion, c'est souvent par référence à des notions voisines qui en gomme les spécificités.

⁵ L'idée que la coutume est une source de légalité et doit entraîner l'annulation de l'acte administratif qui la viole n'est pas toujours admise. Il a certes été admis qu'une pratique suivie par l'administration peut fonder une coutume qui lie l'administration. Ainsi « Une décision contraire à une telle pratique peut être illégale si elle n'exprime pas la volonté d'abandonner expressément cette pratique mais comme le désir d'y déroger pour un cas particulier » (c'est cela qui est illégal) : A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, 8^e éd., LGDJ, n° 422. On dispose de peu d'exemples cependant.

⁶ Le Conseil d'Etat retient une approche différente cependant puisqu'il considère que les usages relèvent du droit « dur » et non du droit souple. Cette approche nous semble réductrice car les usages ont précisément une force normative variable.

⁷ Où les textes mentionnent fréquemment les « usages ». Par exemple : « l'usage » pour compléter les contrats (C. civ., art. 1193) ; « usages pratiqués dans le secteur d'activité » pour la détermination de la rémunération de l'agent commercial (C. com., art. L. 134-5) ; « usages du commerce » pour la fixation du délai de préavis à défaut duquel la rupture de relations commerciales établies serait brutale (C. com., art. L. 442-6, 5°) ; « l'usage constant » « dans certains secteurs d'activité » pour le recours à un contrat à durée déterminée (C. trav., art. L. 1242-2, 3°, et L. 1251-6, 3°) ; « usages du commerce » pour le droit applicable par l'arbitre international, quelle que soit par ailleurs la loi applicable (C. pr. civ., art. 1511, al. 2) ; « usages locaux, loyaux et constants » pour déterminer les appellations d'origine (C. consom., art. L. 115-2 et L. 115-8).

Cela étant dit, rien ne s'oppose à la reconnaissance de l'existence d'usages en droit public et singulièrement en droit des contrats publics et encore moins à leur étude. A cette fin et pour cerner le phénomène, il faut définir l'objet et le champ de l'étude. Il existe, d'abord, des définitions doctrinales de l'usage : il s'agit d'une pratique constante et généralisée sur un territoire donné ou à l'intérieur d'un secteur économique particulier qui, en raison de l'adéquation de cette pratique aux besoins du secteur, acquiert une certaine normativité et s'impose aux acteurs concernés⁸. Généralement en effet, l'identification d'un usage suppose de réunir quatre conditions : ancienneté, constance et absence d'interruption, généralité, champ d'application limité à un secteur donné. Ces éléments ont d'ailleurs été retenus par le Conseil d'Etat qui a proposé une définition de l'usage et qu'il a identifié comme étant formé de « pratiques qui, en raison notamment de leur ancienneté, de leur fréquence ou de leur généralité sont regardées comme normales dans le secteur d'activité considéré⁹ ». La définition ainsi retenue a le mérite d'exister tout en ayant une portée limitée et singulière puisque les conditions (ou indices) qu'elle énonce semblent alternatives et non cumulatives comme c'est le cas en droit privé.

Dans le cadre de cette étude et en prenant appui sur ces éléments, on peut proposer une définition large de l'usage en droit administratif des contrats, sans prétention doctrinale, avec pour seul objectif de justifier les propos qui suivent. Il s'agit de toute pratique ancienne, généralisée ou fréquente, observée dans la passation, la rédaction ou l'exécution des contrats, auquel le droit positif accorde une certaine portée, soit que sa mise en œuvre est encouragée ou prévue par le droit écrit, soit qu'elle apparaît comme une norme de comportement contractuel unanimement admise, soit encore que sa violation peut être sanctionnée par le juge¹⁰.

Quant au champ de l'étude, il consiste à s'interroger sur la place et le rôle que peuvent prendre les usages lors de la phase de formation des contrats administratifs, notamment de commande publique. Cette phase étant composée des procédures administratives de publicité et de mise en concurrence et de la préparation du contrat lui-même (la rédaction de ses clauses, des documents qui y sont annexés...). Cette phase de formation est normée de manière très fine par les textes (le Code de la commande publique) mais on doit constater qu'elle est aussi le moment de la vie des contrats où s'exprime certaines pratiques « rituelles » ou habitudes professionnelles et administratives, souvent

⁸ Voir notamment les définitions proposées par P. Mousseron (Droit des usages, op. cit., op. 5) ou P. Deumier, *Coutumes et usages*, Rép. Droit civil, Dalloz.

⁹ CE, 6 juill. 1994, Sté Profat Investissements, JCP E 1995. 651, note Blancpain.

¹⁰ V. A. Brès (*Le fondement de la force des usages*, AJ Contrat 2018, p. 351) qui indique que l'effet juridique d'une norme ne se réduit pas toujours à son effet contraignant.

voire systématiquement observées et mises en œuvre par les acteurs de la commande publique, ce qui donne potentiellement matière à l'identification d'usages au sens où nous l'avons entendu.

Ainsi compris, les usages soulèvent, d'évidence, deux questions. Celle de leur identification : elle n'est pas simple car une pratique se ressent plus qu'elle ne s'observe et se quantifie. On peut toutefois tenter un recensement en se basant sur les critères ci-dessus énoncés. Celle de leur normativité d'autre part, qui n'est pas aisée à établir non plus car le droit administratif raisonne souvent en termes de légalité pure alors que les usages peuvent être envisagés selon les canons de la normativité sociologique de sorte que les critères de la normativité s'appliquent mal aux usages qui ne sont pas des normes « comme les autres » ; cet exercice intellectuel est délicat à développer dans une réflexion de droit administratif.

Il nous semble donc pertinent d'envisager la possibilité même d'admettre le développement des usages en droit des contrats administratifs, leurs manifestations éventuelles et les ambivalences qui les caractérisent.

I. L'admission des usages dans la formation du contrat

Le développement des usages dans la formation des contrats publics, notamment de commande publique, se heurte à une série d'obstacles ou de difficultés. Il existe néanmoins des facteurs autorisant leur développement.

A. Les obstacles

Le premier obstacle observable est d'ordre général : il découle de l'approche légaliste (et donc étatiste) du droit que les praticiens comme les observateurs de ce droit adoptent. Le droit administratif des contrats est devenu au fil du temps un droit très écrit, et même très dense. La commande publique en particulier a subi de nombreuses codifications, souvent inspirées ou dictées par des textes européens qui réduisent peu à peu le champ d'expression des usages si l'on admet que ceux-ci se développent plus aisément dans les lacunes du droit écrit. C'est notamment remarquable dans le domaine des concessions qui ont longtemps été conclues sur la base de règles éparses et peu contraignantes, parfois rassemblées dans des cahiers des charges (types) qui formalisaient souvent des pratiques donc des usages. Dès lors que le droit écrit se développe, principalement pour garantir la transposition des textes européens et la sécurité juridique des acteurs, la place des usages recule mécaniquement.

Le deuxième obstacle, réside dans le statut de la liberté contractuelle en droit public. Cette liberté est souvent à l'origine de la formation des usages dans la mesure où elle crée un contexte qui forme une habilitation au développement des usages. La liberté contractuelle permet en effet de déployer une pratique (des clauses de durée, de prix, ...) qui peu à peu se répand dans les divers contrats conclus dans un secteur donné. Or, il est devenu banal, mais juste, d'affirmer que cette liberté n'a pas la même portée en droit public et en droit privé dans la mesure où les règles s'imposant aux parties dans la préparation et la rédaction de leur contrat sont plus nombreuses et plus fermes en droit public qu'en droit privé. La technique contractuelle y est d'ailleurs moins fine qu'en droit privé. Fort logiquement, la pratique contractuelle engendrant des habitudes rédactionnelles ou procédurales est moins ancrée dans la pratique des acteurs du contrat public. Cette relégation des apports de la pratique et des possibilités offertes par la liberté contractuelle, freine logiquement le développement des usages.

Ensuite, en troisième lieu, il est acquis que la place des usages en droit dépend souvent de la confiance accordée par l'ordre juridiques aux acteurs des relations économiques et contractuelles. Si le droit d'origine étatique (c'est-à-dire écrit) ne peut pas correctement appréhender une réalité trop complexe, il y a lieu de s'appuyer sur l'auto-régulation des comportements. Il va sans dire que dans le domaine de la commande publique, qui s'efforce de protéger les deniers publics, cette auto-régulation n'est pas exactement privilégiée. Bien plus, une partie de la doctrine a pu relever que l'usage reculait à chaque fois que la relation juridique en cause mettait en jeu des prérogatives de puissance publique, des droits ou intérêts protégés par l'Etat : le droit devient alors majoritairement d'origine étatique ce qui correspond à la situation du droit de la commande publique.

Enfin, dernière donnée, la formation des contrats administratifs est avant tout une procédure administrative débouchant sur la conclusion d'un contrat mais qui est dominée par cette dimension administrative. L'usage, tel qu'il est généralement conçu en matière contractuelle, est partagé par l'ensemble d'un secteur, par tous les acteurs, quelle que soit leur statut. En matière de commande publique, s'il y a usage, il résulte avant tout d'une pratique administrative librement décidée par l'administration qui s'impose ensuite aux partenaires de l'administration (qui subisse l'usage d'autrui plutôt qu'ils ne contribuent à le forger). On pense ici aux usages qui jalonnent la phase de préparation de la conclusion d'un contrat de commande publique et qui sont déterminés par l'acheteur public.

Aucun de des obstacles n'est véritablement insurmontable. S'y ajoutent des facteurs de développement du rôle des usages en droit des contrats publics.

B. Les facteurs de développement

Ces facteurs sont connus et identifiés mais on peut les rappeler brièvement. Le premier facteur tient à la nécessité reconnue en droit des contrats publics de réaliser une forme de standardisation des pratiques. Les contrats publics sont évidemment guidés par les principes de liberté contractuelle et de libre négociation mais la nécessité de standardiser les procédures de formation s'est toutefois toujours manifestée. Tel est l'utilité principales des cahiers des charges types¹¹. Aujourd'hui encore, les pouvoirs adjudicateurs organisent souvent leurs procédures de manière cohérente, pour toute une série de contrats selon des procédures identiques d'un contrat à l'autre. La standardisation des procédures est ici une forme d'usage administratif¹².

Le deuxième résulte d'une carence et de l'absence de règles écrites fermes dans certains domaines de la commande publique. Tel fut longtemps le cas dans le domaine des concessions où des pratiques que l'on peut qualifier d'usages se sont développés à propos, notamment, du statut des biens dans les concessions de service public ou des obligations financières du concessionnaires (on pense aux droits d'entrée dans les contrats de concession¹³). Ce fut aussi le cas, longtemps dans les contrats domaniaux qui n'étaient régis par un nombre limité de règle écrite et qui furent longtemps conçus et rédigés selon des pratiques usuelles formant des usages. On pense notamment à la durée de ces contrats qui, dès lors qu'ils présentaient une dimension économique et commerciale, était calculée par référence à la durée d'amortissement des investissement réalisés par l'occupant. Sans contredire le point envisagé précédemment, il nous semble possible d'affirmer que c'est la

¹¹ V. notamment les rappels et analyses de C. Bergeal, *Le contrôle, par le juge de cassation, de l'interprétation des cahiers-types des contrats administratifs*, concl. Sur CE Sect., 27 mars 1998, *Société d'assurances La Nantaise et L'Angevaine réunies*, RFDA 1998, p. 732.

¹² Exemple récent (TA Strasbourg, 11 avril 2024, *Soc. Ingevo*, n° 54559) : la commune s'était dotée, pour la conclusion d'un marché public, d'un document « règles d'achat et conditions d'exécution » qui comportait des dispositions relatives au jugement des offres et indiquait que celui-ci serait réalisés conformément aux dispositions du code de la commande publique (offre économiquement la plus avantageuse). Rien ne l'y obligeait mais la commune l'a fait et devait donc, comme l'indique le juge, se plier aux règles de jugement des offres prévue par le code de la commande publique.

¹³ Les droits d'entrée sont organisés par le CCP (art. L. 3114-4) et demeurent difficile à définir : il s'agit de tout versement qui n'est pas la contrepartie directe d'une prestation ni la prise en charge d'une dépense précise du concédant (remboursement d'emprunts...). Ils ne peuvent pas être répercutés sur les usagers (faute de contrepartie) mais ils sont par principe licites à condition d'être prévus, expliqués, et, au fond, être en lien avec l'objet du contrat). sur ce point, v. Cl. Devès, *Les droits d'entrée dans les délégations de service public*, AJDA 1996, p. 631.

liberté contractuelle qui a ici favorisé une forme d'ingénierie contractuelle laquelle a entraîné le développement d'usages communs et potentiellement généralisés. Dans un tel cas, il semble que lorsque les textes font défaut, les usages peuvent se déployer.

Ces quelques éléments d'analyse conduisent à admettre qu'il faut, en droit des contrats administratifs, admettre les limites de l'approche formaliste de l'ordre juridique : quelle que soit la densité des normes écrites et de la réglementation étatique, cet ordre ménage toujours une place, tenue certes mais réelle, pour les usages et le droit spontané. L'un comme l'autre se développent souvent pour ordonner, uniformiser, standardiser une pratique. Les manifestations de cette standardisation peuvent dès lors être mises en évidence.

II. Les manifestations des usages

Ces manifestations sont peu nombreuses dans le domaine de la formation des contrats administratifs. Certaines d'entre elles ne posent pas vraiment de questions au point de vue de leur existence et de leur qualité d'usage, d'autres davantage. On peut classer ces manifestations selon qu'elles sont explicites ou implicites.

A. Les formes explicites d'usages

La première manifestation, la plus éclatante, est celle qui résulte de la mention explicite et du renvoi par les textes aux usages. C'est un cas rare. L'usage, le mot lui-même, est mentionné par un texte (souvent réglementaire) qu'il a souvent pour objet de compléter et de prolonger. Dans cette hypothèse, l'usage n'est pas défini au point de vue de son contenu ; il acquiert son autorité (sa normativité) grâce au texte qui l'évoque. Il conserve ainsi sa qualité d'usage au point de vue de sa formation (il est une pratique répétée, généralisée...) mais il la perd peut-être au regard de sa normativité (qui est celle du texte). Il en va ainsi de la définition du prix de certains contrats de commande publique (art. R. 2112-14 CCP). Il s'agit des marchés publics qui sont affectés par les fluctuations des cours de matières premières : le principe est que les marchés de fournitures excédant une certaine durée doivent comporter des clauses de révision ; par exception, « conformément aux usages de la profession », le prix peut être ferme dans le domaine du gaz ou de l'électricité. L'exécution financière des contrats de commande publique comporte aussi un renvoi aux usages en matière de délai de paiement : celui-ci, qui est en principe de 30 jours, peut-être allongé « conformément à l'usage ou aux bonnes pratiques » si des vérifications de la conformité des prestations sont organisées (art. R. 2192-17 et R. 3133-16).

La lecture de ces textes autorise de dresser deux enseignements. Dans les deux cas le recours à l'usage est facultatif et même secondaire : les parties peuvent écarter la règle au profit d'une autre solution conformes aux usages du secteur ou du marché considéré ; c'est une logique inverse à celle du droit privé où l'usage s'applique par principe, alors qu'en droit public il faut prévoir une telle application. En outre, l'usage est déterminé par la technicité, les difficultés et les contraintes particulières liées à l'objet du marché ou ses modalités d'exécution. C'est aussi le cas en droit privé des contrats à vocation économique. Il n'existe pas, à notre connaissance, de contentieux sur le premier cas ; il existe en revanche des décisions mettant en œuvre la conformité d'un délai de paiement supérieur au délai textuel mais aussi non conforme aux usages en vigueur¹⁴.

B. Les formes implicites d'usages

Il s'agit de cas plus commun. L'usage se développe en marge des textes, sans renvoi de leur part. Cette hypothèse est difficile à ordonner car on ne peut pas vraiment parler d'usage *praeter legem* pour chacun d'entre eux. Ils sont néanmoins animés par une logique commune : il s'agit de comportements stéréotypés, standardisés qui évoquent une forme de normalité contractuelle. Cette normalité est souvent généralisée et fréquente (selon les critères énoncés plus haut).

Tel est le cas de la standardisation des procédures de passation. La « règle des 3 devis » pour les marchés de faible montant et la définition de conditions générales d'achat par les pouvoirs adjudicateurs sont des pratiques qui forment une sorte de standard et donc d'usage de la part des acheteurs publics. Il en est de même de la publication d'un « règlement de consultation » là où précisément le Code de la commande publique ne l'exige plus. Ces exemples présentent un point commun : la densité des textes régissant les contrats concernés est moins élevée et donc, par construction, la liberté des acteurs du contrat plus grande quelle que soit leur qualité. La pratique ordinaire a tendance à ordonner des

¹⁴ TA Bastia, 22 déc. 1997, *Cabinet Arrighi et Paoli*, BJCP 1998, p. 28 concl. Ph. Chiaverini et obs. R. S. : « en l'espèce, un laps de temps de près de trois mois s'est écoulé entre le mandatement et le paiement ; qu'au regard des sujétions inhérentes au traitement des opérations de paiement et des usages en vigueur, ce délai a revêtu un caractère inhabituel ; que l'administration n'ayant fait état, d'aucun des motifs, énumérés par l'article L. 1617-3 du Code général des collectivités locales, autorisant le comptable de la collectivité à suspendre le paiement d'une dépense, ou encore que ledit paiement était soumis à des contraintes particulières d'ordre réglementaire, source de difficultés propres à justifier un délai de règlement plus long que la normale, il en résulte que le versement des fonds est intervenu avec un retard excessif révélateur d'un dysfonctionnement, constitutif d'une faute de service, de nature à engager la responsabilité de l'Etat ».

habitudes administratives et contractuelles ; matériellement, il y a donc potentiellement usage.

Peut également être citée la pratique contractuelle et la détermination du contenu des contrats qui est un puissant facteur de création d'usages. En droit public, et c'est une singularité, le contrat permet d'évincer un usage (qui est supplétif). Mais le contrat peut aussi concourir à forger un usage : l'usage est une pratique contractuelle, par exemple un type de clause, qui est utilisée de manière récurrente et généralisée pour une catégorie de contrats. L'usage se trouve donc contractualisé, absorbé par le contrat. On peut ici évoquer les dispositions des contrats de concession relative au statut des biens. Ces dispositions se sont souvent été forgées par les parties au moyen des cahiers des charges accompagnant les contrats de concession au point que l'analyse du droit positif s'est longtemps appuyé sur une analyse et une systématisation de ces clauses¹⁵. La théorie des biens de retour est aujourd'hui fixée par les textes¹⁶ après l'avoir été par le juge¹⁷. Elle a très longtemps été forgée par les parties elles-mêmes et le schéma s'est généralisé de contrat en contrat.

Une mention doit, ensuite, être réservée à la pratique de la normalisation qui constitue un cas particulier d'entrée des usages professionnels dans la formation des contrats. Le Code de la commande publique exige que les besoins de l'acheteur soit définis par référence à des spécifications techniques (L. 2111-2). Ces dernières peuvent être identifiées par références à des normes ou d'autres documents équivalents (art. R. 2111-8)¹⁸. Les normes techniques en question sont établies avec la coopération et le consensus ou l'approbation générale de toutes les parties intéressées et approuvées par un organisme qualifié. Cette activité de normalisation est une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations. Elle est organisée, en France, par des textes de nature

¹⁵ V. notamment les passages du *Traité des contrats administratifs* (A. De Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, tome 2, 1984, LGDJ, n° 1506 et ss.

¹⁶ Art. L. 3132-4 à 6 du Code de la commande publique.

¹⁷ CE Ass., 21 déc. 2012, n° 342788, *Commune de Douai*, Rec. ; AJDA 2013, p. 457, chron. A. Bretonneau et X. Domino et p. 724, étude de E. Fatôme et Ph. Terneyre ; RFDA 2013, p. 25, concl. B. Dacosta.

¹⁸ L'article R. 2111-8 indique que l'acheteur formule les spécifications techniques au choix soit par référence à des normes ou documents équivalents, soit en termes de performance ou d'exigences fonctionnelles, soit par une combinaison des deux. L'article R. 2111-9 ajoute que ces normes doivent être choisis dans une liste donnée par ordre décroissant d'importance (si on ose dire).

réglementaire (décret 2009-687 du 16 juin 2009). La norme » est un usage professionnel à vocation technique. En principe elle n'est pas obligatoire, son application est volontaire. La pratique de la normalisation en droit de la commande publique révèle une sorte « d'usage au carré » : elle est formée par les usages professionnels et techniques en vigueur dans une profession donnée ; ces usages professionnels sont indirectement mentionnés par la réglementation qui suggère (sans l'imposer toutefois) d'en faire application dans la procédure de passation du contrat. Si la référence à ces usages est facultative elle est relativement généralisée. Ces normes techniques qui s'appuient sur l'adhésion et le consentement sont ainsi intégrées dans le droit positif¹⁹.

Enfin, il nous semble que l'une des pratiques les plus claires, bien qu'implicite, des usages dans la formation des contrats de commande publique, réside dans l'existence, la formation et l'utilisation des cahiers des charges ou contrats-types. Ces documents correspondent toujours à une logique de standardisation (de la pratique contractuelle) qui n'est pas étrangère à ce que sont les usages. Si on laisse à part les CCAG (approuvés par décret et non obligatoires sauf si le marché s'y réfère ; ils deviennent alors des pièces contractuelles) on peut s'intéresser aux cahiers des charges et contrats informels élaborés souvent par des représentants des collectivités territoriales et des entreprises (par exemple dans le domaine des concessions de distribution d'électricité et affermage de distribution d'eau potable). Il peut aussi s'agir de documents rédigés par des organismes spécialisés dont l'usage est souvent recommandé. A ce titre, on peut prendre l'exemple du modèle de contrat et de cahier des charges pour les concessions de distribution d'électricité rédigé en collaboration entre la fédération nationale des collectivités concédantes et régies, France urbaine et ENEDIS dont l'objet est d'apporter aux concessions en cours ou à conclure des améliorations (le modèle comporte plusieurs documents : accord cadre, concession, cahier des charges ; adopté en 2017). La portée de ce modèle interroge : s'agissant du modèle d'accord cadre, il s'agit d'un document qui a pour objet de préconiser l'adoption du modèle de contrat de concession et de cahier des charges aux autorités concédantes. Le cahier des charges proposés est bien facultatif mais en réalité très fortement recommandé car il a été négocié au niveau national, entre les grands opérateurs et deux organismes représentatifs des autorités concédantes. Il s'agit ainsi d'un modèle type de contrat qui s'apparente à un usage (formalisé certes mais qui n'est qu'une mise en forme des bonnes pratiques observées ou souhaitées) dont la mise en œuvre est fortement recommandée sans pour autant être obligatoire (les autorités concédantes sont en principe libres de négocier leurs contrats de

¹⁹ G. Marcou, *La procédure de normalisation et l'innovation*, RFDA 2011, p. 135.

concession d'électricité²⁰). Nous sommes incités à considérer que ces modèles de contrats constituent des usages : c'est bien ainsi que leurs concepteurs les conçoivent (c'est-à-dire comme une formalisation des « bonnes pratiques observées ») ; c'est également leur vocation même que d'être mise en œuvre de manière uniforme sans que cela soit obligatoire toutefois²¹.

III. Un outil ambivalent

Le caractère ambivalent des usages en matière de formation des contrats publics est évident à deux points de vue.

Il convient en premier lieu de relever les ambivalences propres à la notion d'usage. L'identification d'un usage est toujours délicate au regard des critères évoqués plus haut (généralité, ancienneté, constance et secteur limité) et certaines pratiques citées dans cette contribution ne satisfont que modérément ces critères.

On peut ainsi relever le défaut de généralité qui frappe certaines pratiques : en matière contractuelle on a coutume de considérer que les usages sont forgés par les divers acteurs qui d'une part participe tous à l'élaboration et la mise en œuvre de l'usage et d'autre part traduisent ces usages dans leur pratique contractuelle. Les usages sont ainsi la source inspirant la rédaction des contrats. En droit public, dans le domaine de la formation, les usages que l'on a pu indiquer précédemment sont souvent des pratiques administratives, propres à l'administration. En pure logique une pratique unilatérale n'est pas un usage contractuel. L'organisation de la procédure de formation des contrats publics étant le fait d'une partie, agissant en qualité d'autorité administrative, peut-on parler d'usage ? Cela n'est pas évident ou du moins pas systématique.

On peut aussi soutenir que certains usages observés et mentionnés ici manquent de constance quant à leur mise en œuvre. Une administration peut naturellement appliquer une pratique habituelle ; elle peut tout aussi bien y

²⁰ Conformément à ce qu'indique la loi depuis 1982 (L. 2224-31 CGCT) « I.-Sans préjudice des dispositions de l'article L. 111-54 du code de l'énergie, les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération, en tant qu'autorités concédantes de la distribution publique d'électricité et de gaz en application des articles L. 321-1, L. 322-1, L. 322-2, L. 324-2, L. 432-1 et L. 432-2 du code de l'énergie et des articles L. 322-6 et L. 432-5 du code de l'énergie, négocient et concluent les contrats de concession, et exercent le contrôle du bon accomplissement des missions de service public fixées, pour ce qui concerne les autorités concédantes, par les cahiers des charges de ces concessions ».

²¹ P. Sablière, *Un nouveau modèle de cahier des charges pour la concession des distributions publiques d'électricité dans les trente ans à venir*, Energie-environnement-infrastructures, 2018, étude 12.

renoncer pour le contrat suivant. Cela a été jugé pour la coutume administrative ; il est logique de l'admettre pour les usages.

Se pose, en second lieu, la question de la normativité des usages C'est l'une des questions les plus délicates et la doctrine privatiste s'interroge encore sur cette normativité, sa nature (s'agit-il d'une normativité sociale ou juridique), son fondement (résulte-t-elle d'une contrainte psychologique intégrée par les acteurs du droit comme la coutume ou de la possibilité d'une sanction juridictionnelle en cas de violation de l'usage ?). Il nous semble que la question ne peut pas vraiment se poser ainsi en droit public. Il faut d'abord noter que très souvent, derrière chaque usage, on peut identifier une règle écrite ou jurisprudentielle qui lui confère sa véritable autorité. C'est le cas dans l'hypothèse du renvoi textuel ; c'est aussi le cas lorsque le texte reprend et codifie le contenu d'un usage (d'une pratique habituelle) parfois pour limiter la portée de tel ou tel usage (droits d'entrée) ; c'est encore le cas pour les contrats types ou modèles de contrat.

Il faut également relever que si les usages peuvent être sanctionnés (c'est-à-dire dont la violation peut être sanctionnée par un juge), cette hypothèse est assez rare et repose souvent sur des usages très indéterminés qui s'apparentent plus à des standards de contrôle qu'à des normes présentant un contenu défini (ainsi en est-il des délais de paiement où le juge sanctionne le dépassement d'un « délai raisonnable » de paiement et non la violation d'un usage). Dans ce cas, l'usage est un élément de caractérisation de l'irrégularité, un élément de preuve de celle-ci ; sa violation n'est pas le fondement même de la sanction juridictionnelle. Il faut noter enfin, spécialement dans le domaine des procédures de formation, que si certaines pratiques bénéficient d'une « garantie juridictionnelle », d'une sanction en cas de mauvais usage, ce n'est pas, souvent, en raison de la violation d'un usage : dans le cas où l'administration organise une procédure de passation spontanément contraignante, et le fait peut être de manière habituelle, la méconnaissance de cette pratique n'est pas sanctionnée au nom de la violation d'un usage mais au nom de l'obligation jurisprudentielle qui lui est faite de suivre une procédure qu'elle s'est donnée²². Toute se passe comme si l'usage, sans être nié, était absorbé par les règles traditionnelles gouvernant l'action administrative ordinaire et les standards de contrôle du juge administratif du contrat.

²² CE, 10 octobre 1994, *Ville de Toulouse*, Rec. tables, p. 746.

LES USAGES DANS LA FORMATION DES CONTRATS DE COMMANDE PUBLIQUE : REGARD D'UN PRATICIEN

Fabrice Cazaban
Directeur du Département
« Ingénierie Juridique de Projet » - EGIS CONSEIL

Lorsqu'il m'a été proposé d'intervenir sur la question des usages dans la formation des contrats de commande publique, j'ai immédiatement été séduit et stimulé par le sujet dans la mesure où il porte avant tout sur « la pratique ». La perspective de partager les pratiques rencontrées et développées dans le silence des textes, ou dans leurs angles morts, et d'appréhender la pratique comme une véritable source de droit, s'est logiquement révélée inspirante et valorisante pour le praticien que je suis et qui, au quotidien, conçoit, élabore, négocie, met en œuvre des contrats de commande publique pour la réalisation de grands projets de construction. Mais rapidement, à mesure que j'avançais dans la préparation de cette intervention, le sujet s'est montré tout aussi inconfortable qu'il est intéressant.

Inconfortable d'abord, car en identifiant des usages, j'ai finalement eu l'impression de ne révéler que des évidences, de « dévoiler » des banalités, et d'identifier des pratiques qui tombent sous le sens et « vont sans dire ». Sans avoir pour ambition de révolutionner la matière en mettant au jour des vérités encore inconnues, j'ai néanmoins éprouvé une légère frustration qu'une prise de recul parvint heureusement à estomper, pour au moins deux raisons.

La première raison, c'est qu'il n'est finalement pas anormal de percevoir une évidence dans chaque usage, et pour cause ; c'est précisément dans « la force de l'évidence » que l'usage puise bien souvent sa substance normative. Pour le dire autrement, c'est parce qu'il relève de l'évidence et d'un certain « bon sens » qu'un comportement se répète et se répand spontanément au point de s'appliquer comme une véritable règle générale et impersonnelle, alors même qu'aucun texte écrit n'est venu la formaliser en tant que telle.

La seconde raison, c'est qu'il importe de distinguer l'usage (ou la Pratique avec un P majuscule), des pratiques (au pluriel), qui sont multiples, variées et diverses. S'il peut y avoir autant de pratiques qu'il y a de contractants, à l'inverse, l'usage tend à l'universel en ce qu'il est appliqué de manière

homogène, par tous, et sur une dure certaine. Aussi, force est de constater que l'écrasante majorité des pratiques que je côtoie, plus ingénieuses les unes que les autres, comprend des pratiques qui n'accèdent pas au rang d'usage par défaut de généralisation... ce qui restreint grandement le champ des pratiques que j'envisageais d'aborder initialement !

Inconforté par ce rétrécissement du périmètre d'étude, je me suis, de surcroît, heurté à la difficulté méthodologique majeure qui en découle, laquelle peut se résumer à la question de savoir à partir de quel degré de généralisation peut-on caractériser une pratique en usage.

Autant l'avouer tout de suite, j'ai abdiqué face à l'ampleur d'une telle question, refusant de m'aventurer dans un travail de caractérisation de cette ligne de démarcation (par critères, faisceau d'indices, etc...). Opportunément, j'ai préféré supposer que ce travail avait déjà dû être entrepris par ailleurs, et pris le parti d'avancer de manière totalement empirique et assez subjective, en retenant pour usages les grandes tendances que j'ai pu observer au travers des différentes missions de conseil en ingénierie contractuelle que j'ai eu l'occasion d'assurer auprès du secteur public, depuis de nombreuses années.

Le caractère peu scientifique de ma démarche pourra m'être objecté, et il ne peut être exclu que ce qui m'aura semblé être un usage, ne le sera pas pour d'autres. Qu'importe. Modestement, l'objet de cette intervention se limite à exprimer mes simples ressentis et retours d'expériences en matière d'usages dans la formation des contrats de commande publique.

Dernière difficulté et non des moindres, les contrats de commande publique recourent d'une part, les marchés publics, et d'autre part, les contrats de concession, deux modalités contractuelles qui entretiennent entre elles de grandes proximités, mais également des différences majeures rendant peu évidente l'identification d'usages qui soient communs aux marchés et aux concessions.

Je me suis efforcé d'exposer des usages suffisamment transversaux pour concerner tout autant les marchés publics que les contrats de concession, mais ici encore, j'ai pris quelques libertés en m'autorisant à développer parfois certains usages qui portent plus particulièrement sur les marchés publics, à l'exclusion des concessions.

Ces préalables méthodologiques étant posés, j'aborderai la question des usages dans la formation des contrats de commande publique en distinguant chronologiquement les différents stades qui jalonnent l'émergence d'un contrat

de commande publique, de son initiative (I) à sa signature (IV), en passant par son élaboration (matérielle)(II) et sa discussion (III).

I. Les usages concernant l'initiative des contrats de commande publique

Il est d'usage que l'initiative du processus de formation d'un contrat de commande publique revienne au cocontractant public. Cela se comprend aisément dans la mesure où il revient à l'Administration de répondre aux besoins d'intérêt général, et donc de définir si elle est à même d'y répondre par ses propres moyens, ou s'il lui faut mobiliser des moyens tiers et extérieurs à ses équipes.

Cet usage tombe sous le sens et va de soi, j'en conviens, mais il mérite quand même d'être caractérisé comme tel car aucun texte ne prévoit expressément que l'initiative d'un contrat de commande publique doive forcément revenir à la partie publique au contrat de commande publique. Le code de la commande publique prévoit certes, dans son premier article, que *« les acheteurs et les autorités concédantes choisissent librement, pour répondre à leurs besoins, d'utiliser leurs propres moyens ou d'avoir recours à un contrat de la commande publique »*, mais cela n'implique pas nécessairement que lesdits acheteurs et autorités concédantes doivent forcément être à l'initiative des contrats de commande publiques qu'ils contactent.

De même, en prévoyant de manière impersonnelle que *« la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant le lancement de la consultation »*, l'article L.2111-1 du code de la commande publique ne sanctuarise aucunement l'initiative d'un contrat de commande publique chez les seuls acheteurs publics et autorités concédantes. En d'autres termes, le droit positif de la commande publique n'interdit aucunement qu'un opérateur privé soit à l'initiative d'un contrat de commande publique, mais pour autant, l'usage est bien que ce soit le cocontractant public qui initie le contrat de commande publique.

Ceci peut notamment s'expliquer par le fait qu'à la différence du Code Général de la Propriété des Personnes Publiques, dont l'article L.2122-1-4 envisage qu'une *« manifestation d'intérêt spontanée »* puisse être à l'initiative d'un contrat d'occupation du domaine public, le Code de la Commande Publique n'envisage pas ce cas de figure et n'offre aucune assise textuelle à un telle initiative spontanée d'un opérateur pour la contractualisation d'un contrat de commande de publique.

A cet égard, il n'est pas innocent de souligner que jadis, les textes applicables aux feux-contrats de partenariat, avaient précisément encadré l'initiative privée de ces contrats de commande publique, prévoyant un régime spécifique à l'article 10 de l'ordonnance du 17 juin 2004, lequel fut abrogé à l'occasion de la réforme de 2015.

Ainsi, l'absence de texte sur l'initiative privée des contrats de commande publique a pu favoriser l'usage de l'initiative publique des contrats de commande publique.

On pourrait rajouter que le contexte de mise en concurrence des contrats de commande publique favorise également cet usage d'une initiative publique des contrats de commande publique. En effet, dès lors qu'un contrat de commande publique serait impulsé par un opérateur privé, la question se posera de savoir quel sera son niveau d'influence sur l'établissement du projet de contrat soumis à la consultation ; le cahier des charges sera-t-il totalement orienté au regard de la solution qu'il propose (de telle sorte à ce que la mise en concurrence soit faussée) ? Comment est-ce que les opérateurs pourront être traités à égalité dans le cadre d'une procédure de passation qui fait suite à l'initiative de l'un des candidats en lice ? Ces questionnements peuvent quelque peu refréner les acheteurs et autorités concédantes à promouvoir l'initiative privée des contrats de commande publique, de même que ces mêmes impératifs de mise en concurrence peuvent tiédir l'ardeur des opérateurs à être « proposants » ; rien ne leur garantit que leurs « bonnes idées » seront transformées par le gain d'un contrat, qu'elles ne seront pas mises sur la place publique dans le cadre de la publication du dossier de consultation, et qu'elles ne bénéficieront pas à leurs concurrents.

Ce contexte de mise en concurrence permet donc de comprendre l'usage de l'initiative publique des contrats de commande publique, ainsi que les cas d'exception développés ci-après, qui confirment la règle, ou plutôt, qui confirment l'usage. En effet, c'est systématiquement dans le champ du « gré à gré », en dehors de toute mise en concurrence, que j'ai pu rencontrer, par exception et de manière résiduelle, des contrats de commande publique d'initiative privée.

Le premier cas est celui des offres de concours. Il s'agit de contributions volontaires d'une personne privée au financement de travaux publics, formalisées au travers d'une convention qui n'est pas un contrat de commande publique en tant que tel, mais qui augure la passation de contrats de commande publique subséquents pour réaliser les travaux publics dont il est question. Soit un hypermarché qui finance la réalisation d'un échangeur routier pour que sa surface commerciale soit mieux desservie et intégrée au réseau routier ; son

offre de concours impulsera la passation de marchés de travaux pour réaliser ledit échangeur, sous la maîtrise d'ouvrage de la collectivité publique compétente. Il s'agira donc bien de contrats de commande publique d'initiative privée, mais ici, l'initiative privée aura pu s'exprimer dans la mesure où l'initiateur du contrat de commande publique ne se trouve pas être l'un des opérateurs qui envisage de candidater à son attribution par la suite.

Le second cas est celui des marchés « d'innovation ou d'expérimentation » passés sans mise en concurrence, que ce soit pour des raisons de montant, sur le fondement de l'article R.2122-9-1 du code de la commande publique, ou parce qu'ils visent à réaliser un démonstrateur technologique sur le fondement de l'article L.2152 du même code. Bien souvent dans ces hypothèses, des entreprises innovantes proposent à des collectivités publiques, moyennant paiement, d'expérimenter sur leur territoire des solutions en cours de développement, de sorte à en éprouver l'efficacité. Le caractère innovant des solutions technologiques proposées favorise l'initiative privée qui peut, de surcroît, pleinement s'exprimer du fait de l'absence de mise en concurrence, et du moindre risque de diffusion de la solution innovante dont il est question.

Ce n'est donc pas uniquement le rôle et la raison d'être de l'Administration qui justifient qu'elle sanctuarise l'initiative des contrats de commande publique au point d'en faire un véritable usage, ce sont aussi les impératifs de mise en concurrence qui confortent cela en bridant quelque peu l'initiative privée des contrats de commande publique.

II. Les usages concernant l'élaboration matérielle des contrats de commande publique

Par élaboration matérielle des contrats de commande publique, j'entendrai ici la rédaction et la production des différentes pièces qui constituent l'édifice contractuel.

De ce point de vue, l'usage veut que ce soit essentiellement le cocontractant public qui assure la rédaction et la production des pièces du contrat de commande publique, se positionnant ainsi comme l'auteur principal des documents contractuels.

Pour bien comprendre cette prééminence du cocontractant public dans le processus d'élaboration d'un contrat de commande publique, il n'est pas inutile de revenir sur chacune des différentes étapes de ce processus qui s'engage systématiquement par la rédaction par le cocontractant public d'un projet de contrat très abouti, dans l'ensemble de ses dimensions techniques et juridiques.

Ce projet de contrat donne lieu à maintes relectures et multiples validations avant publication dans la mesure où, d'une part, il va structurer la consultation des opérateurs économiques et le contenu de leurs offres, et où, d'autre part, ce projet de contrat n'a pas nécessairement vocation à être modifié par la suite.

Ledit projet de contrat est ensuite partagé avec les opérateurs économiques qui aspirent à se voir attribuer le contrat de commande publique, et qui pour ce faire, complètent les quelques encarts prévus à cet effet dans le projet de contrat, tout en remettant en parallèle une offre technico-économique.

Concernant les rubriques que les opérateurs doivent compléter dans le projet de contrat, elles se limitent généralement à renseigner l'identité des parties, le prix de l'offre, et l'acceptation sans réserve de l'opérateur sur toutes les pièces du projet de contrat établi par le cocontractant public.

Caractéristique des contrats d'adhésion, la « place » laissée à l'opérateur pour intervenir sur le projet de contrat préétabli par le cocontractant public est étroitement circonscrite et contenue.

L'opérateur dispose de davantage de latitude pour « s'exprimer » dans le cadre des autres documents d'offres qu'il lui revient de produire (mémoire technique, note méthodologique, etc...), bien que ces derniers doivent s'inscrire dans un strict rapport de conformité avec les dispositions du projet de contrat, faute de quoi l'offre encourt le rejet pour irrégularité. Il s'agit donc d'une liberté grandement conditionnée, insusceptible d'altérer la teneur des termes du projet de contrat préétabli par le cocontractant public.

A cela, il convient d'ajouter que l'offre remise par l'opérateur économique n'est pas forcément contractualisée (sauf si le contrat le prévoit), et que dans les hypothèses où l'offre est bien intégrée au contrat, elle occupe généralement le dernier rang dans la hiérarchie des pièces contractuelles.

Il en ressort assez clairement que les offres demandées aux candidats à un contrat de commande publique ont finalement moins vocation à enrichir l'édifice contractuel qu'à permettre de départager lesdits candidats et de sélectionner l'attributaire du contrat.

Ainsi, l'unilatéralisme est d'usage dans l'élaboration des pièces constitutives du contrat de commande publique, le cocontractant public maîtrisant grandement la production de ces documents et laissant peu de latitude à son cocontractant pour y contribuer. Cela s'explique par la place prééminente qui revient à l'Administration dans toute la théorie générale du droit des contrats administratifs, mais également par les impératifs de mise en

concurrence qui contraignent l'Administration à consulter les opérateurs à l'appui d'une même « base contractuelle », faute de quoi la mise en concurrence pourrait s'en trouver faussée.

Un autre usage peut être relevé en ce qui concerne la structuration des contrats de commande publique, car beaucoup d'entre eux reposent sur une architecture contractuelle commune. Je vise ici les marchés publics plus que les concessions, car force est de constater que ces derniers sont communément bâtis autour d'un tandem pièces particulières/pièces générales, les premières comprenant une pièce « chapeau » qui schématiquement scelle l'engagement des parties sur un prix, une prestation, et un délai (acte d'engagement), une autre, le Cahier des Clauses Administratives Particulières (CCAP), qui détaille les conditions d'exécution du marché, complétée par un Cahier des Clause Techniques Particulières (CCTP) qui décrit les prestations attendues, le tout trouvant une transcription économique au sein d'une pièce financière (BPU et ou DPGF).

Il existe à cela des exceptions (avec par exemple des Cahier des Clauses Particulières fusionnant CCAP et CCTP), et l'on ne saurait soutenir ici que tous les marchés sont très exactement structurés de la même manière, mais à tout le moins, on peut sans trop s'avancer défendre que par usage, la structuration des contrats de commande publique s'opère au travers de différentes pièces thématiques bien distinctes, ayant une finalité propre.

Bien que suggérée au travers des articles 4.1 des différents Cahiers des Clauses Administratives Générales, cette structuration n'est aucunement prescrite par la réglementation, mais s'impose pourtant dans les pratiques ; on peut donc y voir un usage.

Cet usage s'explique aisément, pour des raisons tenant d'abord à l'ergonomie contractuelle, car quiconque a eu à intervenir sur un contrat présentant un (trop) grand volume de pages mesure combien il importe de le décomposer en pièces thématiques, cahiers ou fascicules, de sorte à ménager sa « maniabilité », et le rendre utilisable par les équipes en charge de sa mise en œuvre.

De même, le grand volume de contrats de commande publique produit par les acheteurs publics invite à une certaine industrialisation et standardisation de leurs élaboration, en les structurant d'une même manière, suivant une « architecture » récurrente.

A cet égard, il importe également de citer l'usage suivant lequel les marchés publics sont élaborés en intégrant, au sein de leur documentation

contractuelle, des Cahiers de Clauses Générales (CCG), c'est-à-dire des modèles de contrats proposés par les Ministères ou préétablis parfois par les acheteurs eux-mêmes à l'attention de tous leurs marchés de travaux, de services, et de fournitures.

Rares, voire très rares, sont les marchés qui ne contractualisent pas un CCG, quel qu'il soit, et ce, alors même que cela n'est pas rendu obligatoire par les textes. Il serait tout à fait possible de faire sans, ou encore d'utiliser les CCG comme de simples exemples servant de bases rédactionnelles pour initier l'élaboration d'un contrat. De même, les CCAG pourraient être utilisés comme clausiers dans lesquels les acheteurs pourraient puiser des dispositions ça et là.

Or, ce n'est pas l'utilisation qui en est généralement faite puisque l'usage, en matière de marchés publics, est à ce que les CCG soient intégralement contractualisés, dans l'entièreté de leurs dispositions et de leur structuration, c'est-à-dire en en reprenant toutes les clauses dans leur ordre et dans leur numérotation.

Autrement dit, il est d'usage qu'un marché public soit bâti en intégrant en son sein un contrat type préexistant.

Les vertus d'un tel usage sont qu'il permet aux parties de contracter sur la base d'un référentiel contractuel connu, traitant tout le cycle de vie du contrat et limitant donc le risque d'omission de certains aspects. Ceci permet aussi de mettre en exergue les spécificités de chaque contrat en ce sens que les dérogations au CCG doivent être expressément identifiées dans les pièces particulières.

Mais dans le même temps, cet usage présente quelques effets pervers puisqu'assez fréquemment, et c'est un usage malheureux, le CCAP n'est pas établi en stricte contiguïté avec le CCAG. On pourrait légitimement penser que l'intégration au sein des pièces contractuelles d'un marché public, d'une structure contractuelle type comme les CCAG, devrait aboutir à ce que les CCAP soient bâtis suivant cette même structure et se limitent à ne préciser que ce qui est « particulier » par rapport au CCAG. Serait ainsi mutualisé un cadre commun pour mieux faire ressortir les différences de contenu, au niveau de chaque clause, de sorte à parfaire l'imbrication du CCAP et du CCAG. Concrètement, les CCAP ne seraient que des CCAG Bis, reprenant un même sommaire, et spécifiant en clause à clause les seules dérogations et compléments apportés au CCAG.

La pratique s'écarte assez clairement de cette démarche, le CCAP étant établi isolément, « en silo » et non pas « en miroir » du CCAG. Il en résulte une

forme d'hypertrophie des contrats, dans la mesure où la contractualisation d'un CCAG n'allège pas pour autant le volume du CCAP, et par là même, des juxtapositions et recouvrements de clauses parfois contradictoires ou sources d'ambiguïtés. Si l'ordre de préséance des pièces contractuelles vient au secours de tels conflits de normes contractuelles, il n'en demeure pas moins que la robustesse de l'édifice contractuel s'en trouve altéré.

On pourrait donc souhaiter que les CCAP soient davantage établis dans le moule du CCAG, et que cela tende à devenir un usage.

III. Les usages concernant la discussion des contrats de commande publique

S'il est un sujet sur lesquels les pratiques pullulent, c'est bien celui de la discussion dans le cadre des procédures de passation des contrats de commande publique. En effet, si la réglementation formalise grandement lesdites procédures, elle laisse dans le même temps une certaine latitude aux acheteurs et autorités concédantes pour organiser le déroulement des discussions, qu'il s'agisse de réunions de présentation d'un projet, de séances de négociation ou de dialogue, voire de simples auditions dans le cadre de procédures d'appel d'offres.

Aussi, mon retour d'expériences sur ce sujet est qu'il existe tant de manières de faire qu'il est peu évident de déceler des usages caractérisés.

Pour n'évoquer que les négociations (dans les procédures avec négociation), ces dernières peuvent être orales ou écrites, précédées de questions écrites ou reformulées a posteriori au travers de questions et de réponses écrites, s'opérer à un seul ou plusieurs tours, avec ou sans écrémage successif, traçabilisées par un compte-rendu contradictoire de fin de séance, par un simple relevé de décision unilatéral de l'acheteur, ou encore par la retranscription exhaustive opérée par un sténotypiste....

Cette diversité des pratiques n'exclut toutefois pas quelques « tendances générales », qui méritent ici d'être citées, même s'il n'est pas acquis que l'on puisse véritablement les qualifier d'usages.

En premier lieu, on peut noter que, sans être interdite, **la discussion orale n'est pas vraiment l'usage en matière de formation des contrats de commande publique** (du moins en marchés publics), dès lors que la procédure d'appel d'offres, qui ne permet pas la négociation, est et reste la procédure de passation de principe dans la réglementation.

Ainsi, le Responsable commercial qui aura à développer une activité avec le secteur public se rendra compte rapidement que son accès au « client » sera plus que limité lors des consultations auxquelles il répondra ; au-delà même de la discussion sur les offres, de simples demandes de renseignements ne pourront pas nécessairement s'opérer oralement, directement auprès des interlocuteurs opérationnels pertinents.

Cette primauté de l'écrit, qui peut parfois sembler rigide, s'explique bien évidemment par la mise en application des principes de transparence et d'égalité de traitement, lesquels tendent à ce que les échanges soient tracés et à ce que les informations soient communiquées de la même manière et simultanément à tous les opérateurs. La dématérialisation des procédures accentue encore cette tendance à laquelle la procédure négociée peut toutefois permettre d'échapper, en autorisant l'acheteur public à discuter avec les opérateurs économiques « *des conditions du marché* » (Cf : Art L.2124-3 CCP).

Or, et c'est la seconde tendance que je tenais à pointer ici, **la négociation porte plus souvent sur les offres remises par les soumissionnaires, que sur les pièces du projet de marché soumis à la consultation et établies par le cocontractant public.**

En ce sens, on peut remarquer que les termes de l'article R.2161-17 du code de la commande publique se distinguent de ceux de l'article L.2124-3 du même code, en ce qu'ils indiquent précisément que « *le pouvoir adjudicateur négocie avec tous les soumissionnaires leurs offres initiales et ultérieures* » (et non les « *conditions du marché* »). Dans le même temps, l'article R.2161-19 contredit l'article R.2161-17 puisqu'il énonce pour sa part que « *le pouvoir adjudicateur informe par écrit tous les soumissionnaires dont les offres n'ont pas été éliminées (...) de tous les changements apportés aux spécifications techniques ou aux autres documents de la consultation, à l'exception de ceux qui définissent les exigences minimales* ».

Face à cette ambiguïté des textes sur le point de savoir si l'acheteur négocie uniquement les offres, ou plus globalement le marché, l'usage retient, la première assertion ; c'est avant tout sous le prisme d'une évolution des offres remises par les entreprises que sont abordées les négociations.

Le postulat de la conformité des offres remises par rapport aux documents de la consultation conduit ainsi à ce que les offres soient finalement appréhendées comme « la variable d'ajustement », et à ce que l'éventualité de modifications des dispositions du projet de contrat pour permettre une optimisation des offres, ne soit pas privilégiée, ou soit envisagée que par défaut.

On trouve bien évidemment des tempéraments à cette approche, particulièrement dans la pratique de la négociation des contrats de concession, ou des marchés publics complexes et à forts volumes ; loin de moi l'idée de « généraliser » en affirmant corrélativement l'existence d'un usage. A tout le moins, il faut y voir une tendance relativement ancrée selon laquelle l'acheteur public, après avoir « pris la main » pour élaborer les projets de marché soumis à la consultation, ne le modifie pas ou très peu à l'occasion de la négociation, laquelle s'axe plus souvent sur la discussion des offres que sur la discussion des dispositions du projet de marché.

IV. Les usages concernant la signature des contrats de commande publique

Pour conclure, il importe de traiter la dernière étape du processus de formation des contrats de commande publique, à savoir celle qui marque l'entrée en vigueur du contrat de commande publique ; la notification.

Sur ce point, il importe d'avoir en tête qu'en matière de contrats de commande publique, les opérateurs signent généralement le contrat avant le cocontractant public, en même temps qu'ils adressent leurs offres et remettent un Acte d'Engagement complété et signé. Un mode opératoire dans lequel seul l'opérateur attributaire serait invité à signer le contrat est tout à fait possible, mais bien moins courant en pratique, dans la mesure où il rajoute une étape, des délais, et davantage d'insécurité juridique dans le processus de formation du contrat.

Une fois qu'il dispose du contrat signé par l'opérateur, le cocontractant public le signe également puis le notifie à son titulaire, cette date de notification marquant généralement le début du délai d'exécution.

Suivant ce dispositif, les cocontractants publics ont développé un usage qui consiste à engager les opérateurs ayant remis une offre en vue de l'attribution d'un contrat de commande publique sur un délai de validité de leurs offres. Pratique généralisée, invariablement prévue dans les dispositions des règlements de consultation, mais aucunement prévue par les textes réglementaires, cet usage s'explique par la nécessité de « figer » le résultat final de la consultation, et « cristalliser » l'offre attributaire jusqu'à ce que le marché soit cosigné et notifié. Il s'agit de faire en sorte que la notation et le classement des offres, qui détermine le choix de l'offre classée première, ne puissent évolués voire être remis en cause par d'éventuels ajustements apportés à son offre par l'opérateur se sachant attributaire. De tels ajustements post-consultation porteraient atteinte au principe d'égalité de traitement des

candidats, aussi, l'usage dont il est question découle de la mise en œuvre de ce sacro-saint principe.

Ceci étant, il peut être relevé que, sans altérer le principe d'égalité de traitement, il serait tout à fait possible, et parfois préférable, que le cocontractant public demande à l'attributaire avant de lui notifier le contrat, s'il confirme son offre dans l'intégralité, sans aucune évolution, et s'il accepte de se voir notifié le marché, faute de quoi le contrat serait alors attribué à l'opérateur arrivé en seconde position au classement des offres. Ce mode opératoire aurait l'intérêt de tenir compte des délais de plusieurs mois courant entre la date à laquelle ont été produites et chiffrées les offres, et la date à laquelle le contrat est attribué. En effet, la disponibilité des ressources et des moyens à mettre en œuvre pour exécuter un contrat est constamment en évolution et ne saurait être « immobilisée » au gré des différentes offres remises sur plusieurs appels d'offres, étant entendu que l'opérateur ne peut avoir aucune garantie de les remporter. Il y a donc une part incompressible de risque d'indisponibilité dont il pourrait être tenu compte en laissant à l'attributaire la possibilité « binaire » de confirmer son offre dans tous ses éléments, avant notification, ou à défaut, de retirer son offre et laisser sa place à l'opérateur classé second.

LES USAGES DANS LA FORMATION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE : SYNTHESE DE L'ATELIER

Olivier Giannoni

*Secrétaire général et directeur juridique de l'UGAP
Enseignant à l'Université Panthéon-Assas
et à l'Institut d'étude politique de Paris¹*

Bien que la conclusion des contrats de la commande publique soit encadrée par des textes précis, des usages peuvent être identifiés dans la communauté des acheteurs publics. Ils constituent une flexibilité indispensable pour assurer l'attractivité économique et la sécurité juridique des procédures de passation.

Les usages se définissent comme des pratiques ou des comportements répétés par une communauté qui à force de répétition disposent d'une force normative au sens où ils sont assortis d'une sanction juridique ou d'une sanction professionnelle. Ils peuvent consister en l'application rigoureuse de la règle de droit écrite ou, au contraire, dans son aménagement.

Le droit de la commande publique et en particulier les règles relatives à la passation paraissent particulièrement réticentes à la reconnaissance d'usage pour au moins deux raisons. D'une part elles trouvent leur origine dans les directives européennes. Or, contrairement au droit privé, les règles de passation s'appliquant aux acheteurs publics sont particulièrement précises. Il est ainsi attendu des autorités contractantes qu'elles déterminent la procédure de passation du contrat en fonction de la nature et de l'importance financière du besoin. Trois phases peuvent être distinguées : la publicité dont le détail et l'étendue est directement liée au montant de l'achat, l'analyse des offres émises par les opérateurs économiques selon des critères définis en amont puis l'attribution. D'autre part, la sanction en cas d'écart à ces règles peut être rapide et importante. Le juge du référé précontractuel, dont la saisine est notamment ouverte au candidat évincé, peut prononcer l'annulation de tout ou partie de la procédure en cas de violation avérée aux règles de passation. Le juge pénal peut aussi être saisi de manquements liés aux règles de passation et retenir

¹ Auteur de l'ouvrage « Stratégie et techniques de l'achat public » 2^{ème} éd, Berger-Levrault, 2022.

l'existence d'un délit de favoritisme ce qui peut entraîner une condamnation à une amende ou à une peine de prison pour les responsables publics.

On peut néanmoins identifier des pratiques qui bien que non exactement obligatoires sont suffisamment pérennes et reconnues au sein de la communauté des acheteurs pour être évoquées en tant qu'usages dans un sens large même si ce terme n'est que rarement utilisé explicitement. Ces usages constituent des normes résiduelles car ils sont sanctionnés par des acteurs externes à la communauté des acteurs et permettent de répondre à des problématiques particulières. Leur utilisation répond plus à un besoin de protéger l'intérêt des personnes publiques que celui des entreprises. Il s'agit, d'une part, d'usages pour rendre les procédures de passation des contrats de la commandes publiques attractives pour les opérateurs économiques (I) et, d'autre part, d'anticiper des éventuels contentieux avec le juge des comptes et le juge administratif (II).

I. L'usage, un levier de l'attractivité économique de la commande publique

Dans un environnement où la concurrence est encouragée, certains usages permettent aux acheteurs publics d'inciter les opérateurs économiques à répondre aux procédures de passation (A) mais aussi de rendre les contrats plus adaptés à la réalité économique des segments d'achats considérés (B).

A. Les usages initiés volontairement par les acheteurs publics pour encourager la participation des opérateurs économiques

Le premier usage identifiable est celui dit du *sourcing*. Terme anglais dérivé du verbe *to source* qui signifie « remonter à la source » il recouvre l'ensemble des démarches réalisées par les acheteurs publics en direction des entreprises préalables au lancement de la procédure de mise en concurrence pour l'attribution du contrat de la commande publique. Cela va de la simple consultation des bases de données dédiées aux entreprises, à la participation à des salons professionnels, jusqu'à des réunions de mise en relation organisées par des fédérations professionnelles.

Cet usage a fait l'objet d'une reconnaissance juridique par la directive relative aux marchés publics. Bien qu'il ne soit imposé ni par la communauté des acheteurs, ni par le code de la commande publique il peut induire une sanction de la part des opérateurs économiques. En effet, l'absence de réalisation des démarches d'approche des entreprises peut aboutir à l'absence de dépôt d'offres et, par voie de conséquence, à une déclaration d'infructuosité de la procédure. C'est-à-dire l'impossibilité concrète pour l'acheteur public de

satisfaire son besoin et potentiellement d'assurer la réalisation du service public dont il est chargé. Cette situation peut, par exemple, se rencontrer lorsque la formulation technique du besoin dans les documents de consultation ne correspond pas aux solutions existantes dans le segment d'achat. Certaines entreprises publiques comme la SNCF négocient directement avec des représentants professionnels, une pratique qui peut, de facto, imposer des usages spécifiques.

Le second sage identifiable est celui du délai de validité des offres. Ainsi que l'a rappelé le président Dacosta dans ses conclusions sous l'arrêt Société Hélicocéan², aucune disposition du code de la commande ne règlemente le délai de validité des offres, ni dans son principe, ni dans son quantum. La communauté des acheteurs utilise néanmoins cet outil et la durée généralement retenue est comprise entre 90 et 120 jours. La logique inhérente à ce choix est aisément compréhensible car gagnante pour les deux parties. En effet, le rapporteur public Didier Casas résumait la problématique en ces termes en rappelant que le délai de validité des offres avait pour objet de « *protéger les entreprises comme les pouvoirs adjudicateurs contre les conséquences que pourrait avoir une procédure de passation traînant en longueur : il s'agit de fixer un délai pendant lequel l'entreprise est liée par son offre. Pendant ce délai, l'acheteur public a la garantie d'une certaine stabilité ; au-delà, l'entreprise retrouve sa liberté et n'est plus engagée* »³.

La détermination de ce délai est délicate car l'acheteur public est naturellement tenu par les règles qu'il institue⁴, et qu'il devra prendre en compte la réalité économique du segment d'achat considéré afin toujours d'éviter l'absence d'offres ou la remise de propositions plus ou moins artificielles. De plus, l'expiration du délai de validité interdit en principe de retenir l'offre choisie et de signer le contrat afférent, ce que peuvent être amenées à contrôler, et à censurer, les juridictions administratives en qualité de juge du référé précontractuel⁵ ou de juge du fond⁶.

B. L'usage repris volontairement par les acheteurs publics pour encourager la participation des opérateurs économiques

L'une des rares références explicites à la notion d'usage dans le code de la commande publique est celle de l'article R.2112-14 du Code de la commande publique. Selon cet article : « *Les marchés d'une durée d'exécution supérieure*

² CE, 10 avril 2015, société Hélicocéan, req. n°386912.

³ Conclusions Casas sous CE 21 mars 2007, Commune de Lens, req. n° 279535.

⁴ CE, 10 octobre 1994, Ville de Toulouse, req. n° 108691.

⁵ TA Rennes, 22 décembre 2010, Sté Sarpic, req. n° 1004951.

⁶ TA Lille, 13 octobre 2023, Société Manufor Fondations, req. n° 2107318.

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. »

Plusieurs aspects intéressants sont à relever à l'égard de cette disposition. D'abord, elle s'applique à tous les types de marchés prévus dans le code : une disposition analogue existe pour les marchés de défense et de sécurité⁷. On pourrait donc penser qu'il s'agit d'une prise en compte réaliste d'un usage provenant existant auprès des opérateurs économiques d'un segment d'achat spécifique. Toutefois, dans le cadre de la loi relative à la transition énergétique⁸, les articles L. 331-4 et L. 441-5 ont été intégrés dans le code de l'énergie pour préciser que les contrats d'achat d'électricité ou de gaz naturel passés en application des procédures du code de la commande publique peuvent être conclus à prix fermes ou à prix révisibles pour la partie relative à la fourniture.

Il résulte donc de la lecture conjointe du code de la commande publique au regard du code de l'énergie qu'il existe une liberté de l'acheteur public d'appliquer des prix fermes ou révisibles. Cette liberté est confirmée par la jurisprudence puisque l'absence de clause de révision de prix ne rend pas illicite l'application du contrat⁹. Il résulte de cette analyse que l'utilisation de l'usage dans la commande publique est plutôt dans l'intérêt des acheteurs publics en particulier s'il s'agit de protéger leurs intérêts dans un contentieux.

II. L'usage, un levier de la sécurité juridique de la commande publique

Les usages contribuent à sécuriser juridiquement les procédures de passation de marchés, en limitant le risque de contentieux par rapport au juge des comptes publics (A) mais aussi à l'égard du juge administratif (B).

A. L'usage face aux exigences du juge des comptes publics

L'article R. 2122-8 du code de la commande publique dispense les marchés inférieurs à un montant estimé de 40 000 euros HT à des obligations de publicité et de mise en concurrence. Ces marchés publics d'un faible montant ne sont pas assimilés à des marchés à procédure adaptée car il n'existe

⁷ Art. R. 2312-12 du code de la commande publique.

⁸ Art.170 de la loi 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

⁹ CAA de Paris, 5 mars 2024, req. n° 21PA06640.

pas d'obligation de formalisme sur la procédure ou la publicité. Pour ces achats, les acheteurs ne sont soumis qu'à l'obligation, de bon sens, de veiller, en application de l'article précité à assurer une utilisation optimale des deniers publics, c'est-à-dire d'acheter de manière pertinente, et à ne pas contracter systématiquement avec le même opérateur s'il en existe plusieurs susceptibles de répondre aux besoins.

La communauté des acheteurs face à cette absence de règles a développé un usage consistant à solliciter trois devis auprès des opérateurs économiques. Cet usage est d'ailleurs repris par la direction des affaires juridiques des ministères financiers qui précise que : *« l'acheteur peut consulter les opérateurs économiques en sollicitant, par exemple, plusieurs devis. Il devra alors, outre le respect des dispositions de l'article R. 2122-8 du code rappelées au paragraphe précédent, veiller à garantir l'égalité de traitement conformément à l'article L. 3 du code. »*¹⁰

Cette pratique réduit le risque de sanctions pour les ordonnateurs lors des contrôles des chambres régionales des comptes ou de la Cour des comptes puisqu'elle permet d'attester la recherche d'une bonne utilisation des deniers publics qui constitue une exigence constitutionnelle¹¹ et ainsi d'éviter des préjudices financiers pour les personnes publiques. Le nouvel article L. 131-16 du code des juridictions financières prévoit en effet que : *« Les amendes sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées et le cas échéant à l'importance du préjudice causé à l'organisme. »*. Toutefois, la régularité de cet usage au regard du droit européen est sujet de débat car un certain nombre de praticiens estiment que les exigences de la procédure adaptée devraient s'appliquer témoignant une nouvelle fois de la difficulté pour l'usage de s'insérer en tant que norme dans un univers aussi contraint que celui de la passation des contrats de la commande publique¹².

B. Les usages face aux exigences du juge administratif

Le code de la commande publique prévoit des exclusions dans l'accès à la commande publique qui peuvent être obligatoires ou facultatives selon la nature des obligations en cause. Initialement, le recours à l'attestation sur l'honneur était prévu à l'article R. 2343-8 du code de la commande publique pour des cas d'exclusion limités liés à des condamnations. La multiplication, ces dernières

¹⁰ Les marchés publics à procédure adaptée et autres marchés publics de faible montant, direction des affaires juridiques des ministères financiers, 2020 p. 2.

¹¹ Décision n°2016-736 DC du 4 août 2016.

¹² « Commande publique et devis : une procédure non adaptée », Mathieu Laugier, Achatpublic.info, 2 août 2024.

années, des cas d'exclusion liés à des motifs de développement durable¹³ ou à des sanctions internationales¹⁴ a initié un usage de solliciter pour tout motif d'exclusion une attestation. Cet usage constitue une extension du champ d'application d'une disposition textuelle. Le recours à ce dispositif autorise l'acheteur public à trouver un équilibre entre respect des obligations de conformité et le traitement des candidatures dans un délai raisonnable pour la satisfaction des besoins des services. Si la conformité d'une offre est remise en cause, l'absence d'attestation peut entraîner une sanction du juge du référé précontractuel¹⁵.

Si les critères de choix de l'acheteur public font l'objet d'une publicité dans le règlement de consultation, il n'en est pas de même de la méthode de notation utilisée pour évaluer les offres. Cela ne veut pas dire qu'il existe un pouvoir discrétionnaire dans ce domaine car le choix de la méthode de notation du critère prix par l'acheteur doit être approprié et non équivoque¹⁶. La formule retenue doit permettre d'attribuer la meilleure note au candidat ayant présenté l'offre économiquement la plus avantageuse avec les notes des autres critères pondérés. Il n'existe pas de méthode unique applicable à toutes les consultations, toutefois, l'usage majoritaire développé par la communauté des acheteurs publics est d'utiliser la méthode de notation proportionnelle au prix le plus bas. Cette méthode consiste à mettre la note maximum (10 points sur 10) pour le prix le plus bas proposé par les candidats. Cet usage est accepté par le juge ainsi que le relève la direction des affaires juridiques des ministères financiers : « *Cette méthode, bien que n'étant pas imposée par les textes, est acceptée par le juge administratif qui tient compte des usages pour éviter des décisions jurisprudentielles instables.* »¹⁷

Conclusion

Les usages dans la commande publique, bien que résiduels voire interstitiels, jouent un rôle fondamental pour répondre aux défis pratiques et juridiques auxquels font face les acheteurs publics. Dans un cadre rigide et formalisé, ces pratiques offrent une certaine flexibilité tout en assurant

¹³ « La loi industrie verte et la commande publique : un coup d'épée dans l'eau ? », François Lichère, Actualité juridique de droit administratif n°3 p 151.

¹⁴ TA Montreuil, 23 octobre 2023, Soc. SERCO SARL, req. n°2311902.

¹⁵ TA Montreuil, 23 octobre 2023, Soc. SERCO SARL, req. n°2311902.

¹⁶ CE 19 avril 2013, Ville de Marseille, req. n° 365340 « l'incertitude résultant de cette méthode au moment du dépôt des offres, et son adaptation lors de l'analyse des offres étaient de nature à porter atteinte, dès le lancement de la procédure d'appel public à la concurrence, au principe d'égalité des candidats ».

¹⁷ Les méthodes de notation du critère prix, direction des affaires juridiques des ministères financiers, 2024 p. 1.

l'attractivité des marchés et la sécurité juridique des procédures. Leur acceptation par les opérateurs économiques et le juge administratif montre que l'usage, même non formalisé, est un élément complémentaire et stabilisateur dans la pratique de la commande publique.

USAGES ET EXECUTION DU CONTRAT. OBSERVATIONS DE DROIT PRIVE

Arnaud Raynouard

Professeur de Droit privé à l'Université Paris Dauphine

En première approche, si la question des usages est intensément scrutée et discutée depuis la fin du XIX^{ème} siècle, celle des « usages et exécution » est un peu pauvre. S'agit-il d'un indice d'un sujet qui n'est pas essentiel, ou pas essentiel aujourd'hui ?

Le penser serait une erreur, bien que cette première impression s'explique de deux manières au moins. D'abord parce que l'on ne trouve pas, dans la littérature juridique, de développements mettant spécialement en relief l'association usages et exécution. C'est ensuite aussi, et surtout, en raison de l'expansion des sources informelles, de cette démultiplication de normes au contenu normatif aussi variable qu'incertain, mais non dénuées d'efficacité¹.

Conséquemment, on cherche vainement ce qui lie de manière spécifique usages et exécution du contrat. Il faut pourtant se garder de la tentation d'en conclure que l'idée -séduisante et envoutante de la coutume et des usages- manquerait de réalité, à l'instar d'un Zeus dont on perçoit les manifestations, mais qui demeure hors de portée : un mythe !

Ce n'est pas parce que la doctrine ne l'approche pas frontalement avec ces termes là que le phénomène est inexistant. Bien au contraire ! Il y a une réalité quotidienne des usages, qui flottent entre une pratique sociologique et une analyse normative. Ce serait même l'un des traits essentiels des coutumes et des usages : une certaine *invisibilité*, mais non pas d'ineffectivité. Ils sont là, on ne les voit pas ; se vérifie encore, et toujours, le principe de la lettre volée

¹ L'efficacité, en elle-même discutable et pouvant varier, se manifeste depuis longtemps en droit international, ou en droit des sociétés avec le phénomène désormais ancien de la *corporate governance* et aujourd'hui en matière de RSE. Le paradoxe est relevé de longue date : l'incitation du droit souple, selon les circonstances et les secteurs concernés, contraint plus directement que le droit formel. Pour un exemple : v. S. Maljean-Dubois, *La portée des normes du droit international de l'environnement à l'égard des entreprises*, Clunet 2012, p. 1 ; pour des réflexions d'ensemble, v. le recueil issu d'un séminaire de recherche qui s'est tenu en 2017, sous la direction de P. Deumier et J.-M. Sorel, *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, LGDJ, 2018.

d'Edgard Allan Poe. La réalité pratique et quotidienne du droit, le paysage juridique concret, bruisse de milles et un usages !

Pour le privatiste du XXI^e siècle, grâce à François Géný s'attaquant à la majesté totalisante de la loi écrite un siècle plus tôt, puis, plus proches de nous, à Pascale Deumier qui révèle et expose le droit spontané, la coutume et les usages (les Us et Coutumes que l'on évoque souvent, généralement de manière inexacte) ont une place à part.

Source auréolée d'une riche et miroitante histoire, souvent réécrite, fantasmée, la coutume ne cesse d'alimenter les débats (il y a un « imaginaire privatiste » ici). Elle apparaît et disparaît, s'échappe à chaque fois que l'on tente de la saisir. Rengaine récurrente, irritante à force d'insaisissabilité. Tel l'horizon qui recule dès que l'on s'en approche.

J'ai dit « coutume », je dirais ensuite « usage », mais cela n'aura aucune signification me plaçant avec les auteurs qui considèrent que les deux termes n'étant pas (ou n'étant plus) distincts². Les éléments constitutifs, à savoir l'un matériel, une pratique répétée, l'autre psychologique, un sentiment (diffus) d'obligatorité, se retrouvant à chaque fois que l'on cherche à parler de la coutume ou des usages.

Du moins dans une approche théorique, car en pratique, et là je vise la pratique judiciaire, le contentieux, les juges ne cherchent pas à sonder la psychologie des plaideurs, encore moins celle d'une communauté, quand bien même professionnelle : l'élément psychologique, ce sentiment d'obligatoire, n'est pas un critère utile ni retenu. Il est « largement absent du contentieux »³ (de là à dire que les juges ne sont pas psychologues serait une conclusion hâtive, et injuste : plus prosaïquement, il leur est quasiment impossible de juridiciser

² M. Pédamon, *Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ?*, RTD com 1959, p. 335 ; P. Fouchard, *Les usages, l'arbitre et le juge*, in *Le droit des relations économiques internationales, Études Goldman*, Litec 1982, p. 67 ; B. Oppetit, *Sur la coutume en droit privé*, Rev. Droits 1986, n° 3, p. 9 ; P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction au droit*, Defrénois, 8^{ème} éd., 2020, n° 301 et s. ; relevant que « la distinction... n'est pas plus aisée », F. Terré et N. Molféssis ne tranchent pas, indiquant que l'usage « à la base de la coutume, ne suffit pas à la constituer ni même à assurer que la pratique visée relève du juridique ». Ce critère de juridicité, manquant avec un usage, est alors illustré avec les « usages mondains ou les manières de s'habiller » ; *Introduction générale au droit*, Dalloz, 16^e éd., 2024, n° 412. C'est jouer des mots, dès lors que l'acception sociologique du terme usage est différente de celle du droit. Après tout, l'usage sociologique du port du nom de l'époux par la femme mariée était tout à la fois un usage au sens sociologique et au sens juridique (la loi règle désormais la question, art. 264 cciv).

³ P. Deumier, V° *Coutume et usages*, Dalloz Enc. Droit civil, n° 20.

le psychologique). Reste donc que coutume et usages sont appréhendés de manière **pragmatique** en jurisprudence.

En revanche, la relativité des usages (localisés dans l'espace, limités à certaines personnes ou secteurs) est une réalité que l'on retrouve sous la plume des juges. Pastichant un dicton célèbre, on pourrait admettre, comme une boutade, que « usages en deçà des Pyrénées, loi au-delà ».

Cela s'illustre par exemple avec les exceptions citées à cette indifférence à l'égard de l'éléments psychologique, l'*opinio juris*. On cite généralement quelques décisions de la Cour internationale de justice⁴ et, surtout, en droit interne, la justification de la coutume de la corrida⁵, en dépit du fait qu'aucune n'avait eu lieu depuis un certain temps, en raison de la ferveur locale intacte. Mais ces rares décisions confortent le constat initial d'indifférence (pratiquement, l'élément matériel permet d'en déduire l'élément psychologique).

La distinction coutume/usage est maintenue par certains sur un critère de relativité : la coutume serait générale, les usages limités à un groupe déterminé. Pour pertinent que l'observation soit, d'une tendance syntaxique, ce critère n'est pas distinctif, et tout au plus pourrait-il conditionner les éléments d'identification... puisqu'il a été montré que la jurisprudence n'en tire aucune différence de régime.

En dépit de toutes ces zones d'ombres analytiques, il a été amplement démontré (plus récemment par les écrits de Pascale Deumier, ainsi que par Pierre Mousseron à l'initiative duquel on doit l'Institut des usages et un *Droit des usages*⁶) la *réalité* des manifestations, ainsi que leur nature *protéiforme*.

A cet égard, deux observations préalables, avant un recensement des manifestations explicites (1), suivi d'illustrations jurisprudentielles (2), que l'on complètera d'éléments tirés du commerce international (3).

⁴ P. Hagenmacher, *La doctrine des deux éléments du droit coutumier dans la pratique de la Cour internationale*, RGDIP 1986, p. 1.

⁵ Civ 1ère, 7 février 2006, n° 03-12.804, JCP 2006, II, 10073, E. de Monredon ; RTDCiv 2007, p. 57, P. Deumier ; Civ 2, 22 novembre 2001, n° 00-16.452, RTDCiv 2002, p. 181, N. Molfessis. Plus récemment, Crim. 6 décembre 2022, n° 22-80.156, P.-F. Chonnier, LPA 2023, p. 75, relevant le pouvoir souverain des juges du fond pour constater d'une tradition locale ininterrompue qu'ils fondent sur un "public assidu" (soit un "nombre suffisant de personnes") et les éléments d'ancrage locaux (organisation de corridas, arènes, associations locales).

⁶ *Droit des usages*, LexisNexis, 2è éd., 2023.

En premier lieu, les débats incertains, ou l'insaisissabilité de la notion (dont les fonctions sont elles-mêmes multiples : complétant la loi, suppléant la loi, subversive lorsqu'elle s'y oppose, ce que refuse la jurisprudence), posent d'autant plus problèmes que nous raisonnons dans un cadre juridique de droit continental. Les usages, et désormais la multiplicité des sources atypiques (du droit informel ou souple, standards, normes privées, labels, bonnes pratiques...), contrarient la démarche entomologiste du juriste de droit romano-germanique. Ce que Demogue relevait... dès 1911. Comparativement, le droit de *Common Law*, dont la structure hiérarchique est plus floue, plus diffuse, est moins gêné pour accueillir ces catégories non catégorisées.

En second lieu, il faudrait distinguer, en matière d'exécution, plus radicalement la matière civile de la matière commerciale. La coutume étant, de manière simplificatrice et partiellement inexacte historiquement, à la source historique du droit commercial. Les usages étant également logiques en cette matière : le législateur ne pouvant pas suivre les mutations souvent rapides de la vie économique, on accorde *naturellement* une place aux usages, plus appropriés en la matière. C'est d'ailleurs la rapidité des opérations de la vie économique qui justifie le recours à des standards privés (que l'on pense au rôle, en matière de dérivés de crédits, de l'*International Swap and Derivative Association*, ISDA), et explique que l'on se repose sur les usages. Il y a également un gain de temps en matière de rédaction des contrats (ce qui entre dans la substance des coûts de transaction chère à l'analyse économique, venant ici en support des usages).

Malheureusement, ce découpage civil/commercial ne peut pas (ne peut plus ?) correspondre à la réalité puisque le droit commercial se fonde désormais dans un droit des affaires qui transcende autant cette traditionnelle classification de droit privé, que la distinction privé/public elle-même. En outre, même en demeurant en droit privé, on sait que la matière civile est le fondement, le droit commun (obligations, responsabilité) qui structure le droit commercial (il suffit de rappeler que le droit des sociétés commerciales s'appuie sur un contrat de société régi par le code civil *et* le code de commerce).

Enfin, on a suffisamment relevé que la multiplication et la dispersion des sources écrites du droit commercial débouchent sur « un flux ininterrompu et incontrôlé de normes qui s'autojustifie par la nécessité de s'adapter aux faits économiques et aux besoins nouveaux »⁷.

⁷ B. Oppetit, *L'expérience française de codification en matière commerciale*, D. 1990, chron., p. 1 ; M. Salah M. Mahmoud, *Usages commerciaux*, Rép. Dalloz Com.

Il n'en demeure pas moins que si c'est la commande publique qui nous intéresse, ce sont bien les usages *du commerce* qui sont susceptibles de fournir des indications (plus que la question du nom de la femme mariée pour reprendre cet exemple... pratique partiellement légiféré désormais).

En la matière, on sait que la coutume est invoquée pour expliquer la présomption de stipulation de solidarité passive en matière commerciale contre la règle inverse du code civil, coutume consacrée par la jurisprudence. Signe de la spécificité relative du droit commercial surtout, moins rétif en pratique aux usages ; mais également plus faciles à identifier s'agissant d'activités « délimitées » à la matière commerciale et pratiqués par des groupes humains plus cohésifs (le droit civil, quant à lui, pose des règles communes à tous).

Mais l'observation doit être immédiatement tempérée elle aussi, car de ce point de vue, le droit des affaires offre un panorama saisissant de variété ou de pointillisme : clauses usuelles, contrats type, codes privés, guides sectoriels, incoterms, standards privés, usages d'entreprises...

Tout cela témoigne de la réalité d'une *dialectique quelquefois subtile entre la pratique qui émane du groupe social et l'usage/règle telle que la consacre le juge* (M. Salah).

I. Recensement des manifestations explicites

On trouve des textes faisant entre les usages dans l'exécution du contrat (manifestations *praeter legem*).

L'article 1194 du code civil, l'ancien art. 1135, renvoie au contenu du contrat, donc son exécution. Formule phare, mise en avant comme la justification du rôle des usages en matière contractuelle, mais dont on cherche les applications concrètes (sans aucun doute plus fréquentes et consistantes devant les juges du fond que la Cour régulatrice) :

Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi.

Cette disposition ouvre la porte à deux rôles distincts pour l'usage : comme source d'obligation (emploi du terme « oblige ») ou comme standard de comportement (la mention de « toutes les suites »).

Concernant l'interprétation du contrat, dispositions non impératives (droit souple au sein du temple du droit dur !), le code civil... ne fait désormais plus

référence aux usages. Il n'y a d'ailleurs pas de réelle explication à cet effacement.

Avant la réforme de 2016 donc, deux dispositions y faisaient directement références :

Art. 1159 anc. : *Ce qui est ambigu s'interprète par ce qui est **d'usage** dans le pays où le contrat est passé.*

Art. 1160 anc. : *On doit suppléer dans le contrat les clauses qui y sont **d'usage**, quoiqu'elles n'y soient pas exprimées.*

On peut suggérer que le nouvel article 1188 recueille cette prise en compte des usages en précisant que lorsque l'intention des parties *ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation*. Mais en supprimant le terme usage, il ne fait aucun doute que la certitude et la précision de la recommandation légale de sa prise en compte ont disparus.

On mettra de côté les règles en matière de de propriété foncière, puisque cela ne concerne pas l'exécution du contrat. Cela étant dit, la directive du code civil en la matière à vocation à s'appliquer pour trancher un litige entre deux fonds voisins, ce qui est une forme « d'exécution de la propriété » : en effet, la distance de plantation entre deux fonds voisins est déterminée par la loi sous réserve des usages (art. 671 al. 1^{er})⁸. Le point de méthode intéressant ici est l'articulation de normes distinctes (les règlements existants avec des usages). C'est une approche des plus pragmatique, favorisant le règlement des éventuels différends, et tenant compte des pratiques locales puisque l'usage constant et reconnu pourra ne valoir que dans un espace limité (une vallée, un village, en raison de la configuration géographique).

Dans l'exécution du contrat de travail, le code mentionne régulièrement l'usage ou les usages. Ainsi en matière d'indemnités de congés, l'article L3141-27 :

Les dispositions de la présente section ne portent atteinte ni aux stipulations contractuelles ni aux usages qui assurent des indemnités de congé d'un montant plus élevé.

⁸ *Il n'est permis d'avoir des arbres, arbrisseaux et arbustes près de la limite de la propriété voisine qu'à la distance prescrite par les règlements particuliers actuellement existants, ou par des usages constants et reconnus et, à défaut de règlements et usages, qu'à la distance de deux mètres...*

En rassemblant ces mentions des usages, on découvre en droit du travail un usage régulier des « usages d'entreprises » pour consolider des décisions unilatérales de l'entreprise accordant une indemnité par exemple. Juridiquement, la décision unilatérale décidée par l'entreprise devient une règle (usuelle) dont elle perd la faculté d'y mettre unilatéralement un terme. On voit qu'en adoptant une façon de faire au sein de l'entreprise, celle-ci crée une attente (légitime) sur laquelle les destinataires (les salariés) sont en droit de compter.

Dans le code de commerce, étrangement, il n'y a aucune mention générale du rôle des usages. Sous d'autres cieux, en Italie par exemple, ou l'ancien code de commerce allemand, l'application générale des usages commerciaux résulte d'un article explicite⁹. En revanche, la référence aux usages est relativement fréquente. La récurrence est un peu plus élevée dans les textes réglementaires que législatif, sans que ces derniers ne l'ignorent.

Se rapportent à l'exécution, en particulier, les dispositions relatives à l'agent commercial : l'article L 134-5 du code de commerce, par exemple, dispose que « dans le silence du contrat » la rémunération doit être « conforme aux usages pratiqués » dans le secteur concerné et au lieu d'exécution (« là où il exerce son activité »).

Une autre application fort bien connue en matière d'exécution concerne la rupture brutale d'une relation commerciale établie qui impose un préavis dont la durée est déterminée, notamment, « en référence aux usages du commerce » (art. L442-1 du code de commerce). Même si la loi est venue encadrer cette durée, prévoyant que si le préavis est de 18 mois, l'auteur de la rupture ne peut se voir reprocher une durée insuffisante, cela ne fait pas disparaître le rôle des usages en l'espèce.

Dans ces deux hypothèses, le recours aux usages est *praeter legem*, et il vient compléter la loi en offrant une place aux usages (par définition variables) pour déterminer l'exécution (y compris en cas de rupture du contrat).

Quant aux formules que retient le code de commerce pour faire références aux usages, ils varient grandement : les « usages pratiqués » (L134-5), les « usages observés » (R145-10), les « usages en vigueur » (R742-10), les « usages spécifiques » (L621-3 et L631-15), le comportement « contraire aux usages » (L151-4), les « bonnes pratiques et usages commerciaux » (L441-10),

⁹ Rép. Dalloz de droit commercial, *V° Usages commerciaux*, M. Salah M. Mahmoud, n° 5.

les « usages du commerce » (L442-1, R820-22) ou les « usages commerciaux » (L145-47), les « règles de l'art et usages » (R321-40).

Que peut-on dégager de ces manifestations ? Je me bornerai à trois remarques contradictoires.

En premier lieu, elles ne laissent pas apparaître un régime général, clairement et explicitement affirmé. Les variantes syntaxiques relevés indiquent sans doute que la notion est quelque peu confuse (jusqu'où faut-il distinguer règles de l'art, bonnes pratiques et usages par exemple)¹⁰. Le tableau relève plus d'une vision à la Vassily Kandinsky que d'une construction à la Piet Mondrian.

En deuxième lieu, elles font preuve d'un indiscutable pragmatisme en ouvrant dans certains cas, et non sans encadrement, au soutien des usages (ce qui laisse entier la question probatoire de leur démonstration) pour déterminer l'exécution des contrats visés.

Enfin, en troisième lieu, on ne peut que constater le rôle potentiellement très large des usages en matière d'exécution d'un contrat dès lors que le code civil pose en règle de principe que les obligations qu'il crée peuvent résulter des usages. Si cette évidence se perd de vue, c'est parce que non seulement les contrats sont désormais « verbeux », avec de nombreuses clauses, mais également que la profusion de textes réduit l'espace de jeu des usages. La moindre profusion de textes est d'ailleurs ce qui explique que les usages viennent plus évidemment à l'esprit dans le domaine du commerce international. Mais avant de voir le rôle des usages dans l'exécution des contrats en matière de commerce international, regardons la place que le juge leur réserve.

II. Illustrations jurisprudentielles choisies

Le rôle du juge, pratiquement et théoriquement, apparaît ici essentiel. Sans son intervention, les usages demeurent du domaine de la sociologie, de l'habitus... Sans doute faudrait-il plus de subtilité en la matière, mais j'adopterai ici un point de vue frappé au coin d'un positivisme pragmatique.

Devant le juge, les usages servent comme source d'obligations (complétant ou secondant la loi) et comme standard de comportement.

¹⁰ De manière abstraite, la distinction se conçoit.

Sur ce dernier point, le développement des principes de gouvernement d'entreprise (la *corporate governance*) sert avant tout à évaluer le comportement d'un dirigeant. C'est, d'une certaine manière, une façon d'apporter des précisions au standard abstrait du *raisonnable* (ce que le vieux code Napoléon appelait le « bon père de famille »).

Retenons deux illustrations de la vivacité et de l'utilité des usages en matière d'exécution, l'une récente, l'autre un peu moins, l'une de la Cour de cassation, l'autre de la Cour de justice.

L'arrêt de la chambre commerciale du 4 octobre 2023, très largement commenté¹¹, adopte une position sur les usages professionnels qui est désormais « plus clair... et un peu moins obscur » selon l'ironique formule de Pascale Deumier ; de l'usage de l'équivoque, pourrait-on ajouter.

C'est une décision significative qui juge, de manière très claire, en une formulation de principe :

« il résulte de l'article 1194 du code civil que les usages élaborés par une profession ont vocation à régir, sauf convention contraire, non seulement les relations entre ses membres, mais aussi celles de ces derniers avec des personnes étrangères à cette profession dès lors que celles-ci, en ayant eu connaissance, les ont acceptés ».

Pour comprendre l'intérêt pratique de cette solution, il suffit de rappeler les faits de l'affaire. Une société commande des armatures et elle obtient pour cela un premier devis, qu'elle règle. Un mois et demi plus tard, elle reçoit un second devis, dont les quantités et le prix sont différents. Estimant que cette modification unilatérale du prix constitue une résiliation du contrat (formé sur le premier devis), elle en demande le remboursement. Elle obtient ce dernier à hauteur de... 20 % du prix initialement versé, les 80 % restant étant retenus par le fournisseur à titre d'indemnité forfaitaire.

Le fournisseur justifie cette retenue en invoquant l'article 4.6 des usages professionnels et conditions générales de l'Association professionnelle des armaturiers.

¹¹ N° 22-15.685, D. actu. 10 octobre 2023, C. Helaine ; D. 2023, p. 2224, N. Dupont ; RTD civ 2023, p. 876, H. Barbier ; JCP (G) 2023, Doctr. P. 1429, D. Houtcieff ; JCP (G) 2023, Actu., p. 1197, E. Aragus ; JCP € 2023, p. 1336, P. Mousseron ; CCC 2023, p. 184, L. Leveneur ; RTD civ 2024, p. 71, P. Deumier.

L'acheteur n'étant pas armaturier, il conteste alors être soumis à cet usage professionnel sectoriel.

C'est cette circonstance qui est jugé comme inopérante, les juges constatant, d'abord, que la société « disposait d'une compétence certaine en matière d'armature ». Ensuite, les juges relèvent que devis et factures indiquaient que le contrat était soumis aux usages de l'Association professionnelle des armaturiers, lesquels usages étaient, de surcroît, déposés au registre du Tribunal de commerce de Paris.

En l'espèce, les juges du fond constatent que la société acheteuse, en raison de sa taille et de son expérience, avait les moyens de consulter ces usages et qu'elle n'avait soulevé aucune observation sur leur application explicitement marquée sur les devis et factures.

C'est une parfaite illustration d'un usage réglant les obligations, ici liées à l'exécution du contrat. La question ne portait en revanche pas sur la détermination de la substance de l'usage (parfaitement claire et connue puisque bénéficiant d'une rédaction formalisée, qui plus est déposée au greffe du tribunal de commerce de Paris), mais sur son entrée dans le champ contractuel des parties.

C'était une question d'opposabilité de l'usage. Le droit positif, assez logiquement, tranche en faveur de son opposabilité à une personne ne relevant pas directement du secteur d'origine de l'usage, dès lors que celle-ci était explicitement intégrée au contrat. La circonstance que l'on était en présence de deux professionnels, et que celui qui en contestait l'opposabilité, était en mesure de connaître cet usage explicitement applicable en vertu des stipulations du contrat n'est pas anodin. Cela révèle que, suivant une démarche très pragmatique, les juges s'attachent surtout à l'élément matériel, le plus objectif. Cela révèle aussi que l'essentiel du débat portait, comme très souvent, sur des éléments probatoires : la preuve de l'intégration de l'usage dans la relation contractuelle. Celle-ci rapportée, le contrat obligeait à ce qu'il exprimait et à toutes les suites que l'usage lui donnait.

Une autre illustration de la vivacité des usages est fournie par l'arrêt *Electrosteel Europe SA* de la CJUE du 9 juin 2011¹², très intéressante décision

¹² Aff. C-87/10, Rev. Lamy droit des affaires 2011, n° 65, p. 63, M. Combet ; JCP (E) 2011, n° 40, p. 23, D. Martel ; JCP (E) 2011, n° 42, p. 28, C. Nourissat ; RTD com 2011, p. 813, A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; Rev. de jur. Commerciale 2011, n° 6, p. 565 ; Rev. des contrats 2012/1, p. 173, E. Treppoz.

d'intégration d'un usage du commerce international dans un contrat national au travers de l'application d'une règle de droit international privé européen¹³.

La Cour de justice dit que pour déterminer le lieu de livraison des marchandises « en vertu du contrat », les juges nationaux doivent prendre en compte les termes et clauses pertinentes de ce contrat, y compris les termes et clauses généralement reconnus et consacrés par les usages du commerce international, tels que, en l'espèce, les Incoterms.

Là encore, une très brève exposition de l'affaire permet de comprendre l'intérêt de la décision au regard de la normativité des usages.

C'était la détermination du juge compétent, question non négligeable, en présence d'une difficulté d'exécution qui était en cause : le critère de désignation du juge à saisir, résultant de l'article 5-1 a) du Règlement Bruxelles I, était celui du « lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée ». La Cour rappelle donc qu'il s'agit du lieu (État membre) où en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être fournis ».

Dans le contrat en cause dans cette affaire, l'Incoterm « Ex work », selon lequel les marchandises sont considérées livrées par leur remise au transporteur, avait été choisi. La CJUE indique que cet usage, prévoyant le lieu de mise à disposition doit servir à interpréter le contrat (dans son droit national). En l'espèce, cela justifiait la saisine du juge italien, lieu de remise des marchandises au transporteur (à l'usine du vendeur), excluant la saisine du juge du lieu du siège social de l'acheteur, défendeur à l'instance (en l'espèce, la France).

C'est une consécration remarquable du rôle éminemment pratique d'un usage en matière d'exécution (le litige portait sur le règlement des marchandises).

Là encore, la question ne portait pas sur la détermination de l'usage, mais sur son rôle dans l'interprétation du contrat.

C'est également un trait d'union entre les usages du commerce international et le droit national.

¹³ Point de vigilance : la décision est rendue en application d'un texte, Bruxelles I, modifié désormais, Bruxelles I *bis*.

III. Les usages du commerce international

On terminera cette exploration partielle des interactions entre usages et exécution par un très bref détour par le droit du commerce international. Il est en effet impossible de ne pas s'aventurer en ces eaux, tant les usages y jouent un rôle important. Il y a une raison évidente de la place plus grande de la coutume et des usages en droit international (public et privé) qui tient à l'absence de cadre juridique substantiellement (ou matériellement) dense. Il n'y presque pas de lois et, historiquement du moins, le contexte international exclu un système juridictionnel abouti et efficace.

La coloration spécifique provient du phénomène de *lex mercatoria*, entièrement construite sur l'idée d'usage et de coutume, que le droit savant maintient, et sur la place que même une convention internationale matérielle fait aux usages.

La *lex mercatoria*, tout d'abord, que tout étudiant en droit entend, note, et termine ses études sans savoir de quoi il s'agit exactement, ni même de savoir si cela effectif. La loi des marchands, née des pratiques admises par la communauté des marchands, se conçoit aisément lorsque les conventions sont transfrontalières, surtout à des époques où les droits nationaux ne sont pas affirmés, ni même l'autorité publique en capacité d'en assurer la mise en œuvre. Alors même que les temps ont changés, il a été suggéré par B. Goldman que les temps modernes connaissent une *lex mercatoria* constitué des stipulations répétées des contrats internationaux, des usages commerciaux et des principes généraux du droit.

On sait que les rêves libertaires, et anarchistes, d'une *lex electronica* (une loi non étatique de régulation des échanges du cyberspace) se sont fracassés sur la prégnance du Leviathan, l'État, et que le cyberspace est territorialisé, renvoyant aux droits nationaux. Il n'empêche que le domaine du numérique fourmille d'usages, dont l'effectivité de l'application dépend du droit national applicable.

Ce qui marque la spécificité d'une *lex mercatoria*, élaborée sur les fondements des usages du commerce international, selon certains auteurs, est que celle-ci, à la différence des usages, mêmes commerciaux, constituerait un ordre juridique propre sans appartenance à l'ordre juridique des États¹⁴. La

¹⁴ E. Loquin, *L'application des règles a-nationales dans l'arbitrage commercial international*, in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, CCI, 1986, p. 67 ; B. Goldman, *Frontières du droit et lex mercatoria*, Archives de philo. du droit 1964, p. 177, et *Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria*, Mélanges Lalive, 1993, p. 241.

thèse n'est plus guère défendue, et la Cour de cassation s'y oppose explicitement¹⁵, mais ne suppose pas non plus d'être approfondie puisque les racines profondément étatiques du droit des marchés publics interdisent de parler d'un ordre juridique de la *lex mercatoria* en la matière »¹⁶.

En revanche, on trouve dans le droit international informel, droit savant, les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international par exemple, ou la loi type de la CNUDCI sur la passation des marchés de biens et des travaux, ou encore le modèle FIDIC (Fédération internationale des ingénieurs-conseils), des sources atypiques constitutives d'usages qui, en particulier en matière d'exécution, peuvent être utilisées. Mais cela demeure dans le contexte d'un droit national.

Il reste à mentionner une dernière illustration de la réception des usages dans le contrat en mentionnant la Convention sur la vente internationale de marchandises de 1981 (la CVIM). On y retrouve l'usage comme parère, permettant de qualifier le comportement d'une partie, et l'usage règle, comme source des obligations auquel le contrat oblige.

L'article 8 dispose ainsi, en son point 3) que *pour déterminer l'intention d'une partie ou ce qu'aurait compris une personne raisonnable, il doit être tenu compte des circonstances pertinentes, notamment des négociations qui ont pu avoir lieu entre les parties, des habitudes qui se sont établies entre elles, des usages et de tout comportement ultérieur des parties.*

Ensuite, de manière très révélatrice, la convention indique en son article 9.1 que *les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles.* Et la Convention retient indiscutablement une approche conventionnelle des usages en indiquant, art. 9-2, que *sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage.*

Limitée au contrat de vente international de marchandises, ces stipulations montrent à tout le moins qu'une large place est faite aux usages... dans son contexte propre, celui de l'international.

¹⁵ Confirmant sa position de refus du contrat sans loi (en l'espèce les Principes Unidroit), v. Com 16 novembre 2022, n° 21-17.338, Dalloz actu. 5 janvier 2023, D. porcheron.

¹⁶ C. Bréchon-Moulènes, Rép. de droit international, V° *Marchés publics – Fondements.*

LES USAGES DANS L'EXECUTION DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

Isabelle Hasquenoph
Maître de conférences en Droit public
Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Les usages dans l'exécution des contrats administratifs : voilà un thème à la fois séduisant, et très inquiétant. En effet, la coutume a déjà mauvaise presse en droit administratif, et l'on pressent que les usages n'ont pas vocation à connaître un meilleur sort... Néanmoins, l'étude des usages, particulièrement dans l'exécution des contrats administratifs, se révèle riche et passionnante : elle offre une plongée rafraîchissante dans ce qu'on a pu appeler le « droit spontané »¹, ce droit mal-aimé du droit administratif qui irrigue pourtant le droit des contrats.

L'usage peut se définir comme une « pratique générale, constante et ancienne, doublée de la croyance en son caractère obligatoire »². L'usage ne se confond pas avec la pratique, qui n'en est que l'élément matériel. Alors que la pratique relève du domaine du pur « fait », l'usage produit des effets de droit³. Traditionnellement, quatre caractéristiques lui sont attachées⁴, bien qu'elles ne fassent pas l'unanimité⁵ : ancienneté, constance, notoriété et généralité.

L'usage se distingue également de la coutume. Leur différence n'est pas une différence de nature : comme l'usage, la coutume se compose d'un élément matériel (des pratiques répétées) et d'un élément psychologique (*l'opinio juris* ou le sentiment d'être lié par la règle). C'est dans leur étendue que les deux phénomènes se distinguent : la coutume est « générale » là où l'usage est

¹ P. Deumier, *Le droit spontané*, Economica, 2002.

² P. Deumier, *op. cit.*, n°90 p. 83.

³ A. Brès, « Le fondement de la force obligatoire des usages », *AJ Contrats* 2018, p. 351.

⁴ A. Penneau, *Normes techniques et règles de l'art*, p. 122. Comme l'écrit P. Deumier dans sa thèse : « Prenez une pratique, ajoutez-y constance, fixité, notoriété, publicité, généralité, ancienneté, rationalité, clarté, loyauté, licéité : et vous avez un usage ».

⁵ Le Conseil d'Etat définit les usages comme « 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). Selon lui, ces caractères ne sont donc pas forcément cumulatifs.

« spécial »⁶. L'usage est, en quelque sorte, « moins qu'une coutume », une coutume « cantonnée » à un espace ou un milieu professionnel⁷.

Les usages s'insèrent « malaisément dans l'architecture écrite du droit administratif »⁸. Il y a là une vraie différence avec les autres branches du droit public, comme le droit international public ou le droit constitutionnel - où la coutume permet de vivifier le texte de la Constitution, qu'elle soit interprétative ou supplétive⁹. Rien de tel en droit administratif, où les auteurs, à quelques exceptions près¹⁰, ont largement dédaigné la coutume – et, a fortiori, les usages¹¹.

De manière générale, les usages bousculent les codes du droit administratif¹², et il n'en va pas différemment des usages qui imprègnent *l'exécution* des contrats de la commande publique. Exécuter un contrat, c'est « pour chacune des deux parties, réaliser les obligations que le contrat met à sa charge », comme l'écrivent les auteurs du *Traité des contrats*¹³. Et il faut signaler immédiatement que les contrats dont il s'agit ici sont susceptibles de

⁶ P. Deumier, *op. cit.*, n°205 p. 187 et s.

⁷ G. Canivet, « La réception par le juge des pratiques juridiques », *LPA* 2003, p. 46.

⁸ B. Plessix, *Droit administratif général*, 4^{ème} éd., LexisNexis, p. 17-18.

⁹ J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, LGDJ, 2021, n°367 p. 241.

¹⁰ On peut mentionner toutefois des thèses : P. Debelmas, *Les pratiques administratives comme sources de droit*, thèse Toulouse 1932 ; G. Teboul, *Usages et coutume dans la jurisprudence administrative*, LGDJ 1989 ; M. Réglade, *La coutume en droit public*, Thèse Bordeaux, 1919 ; et des articles : G. Teboul, « À propos de la coutume dans la jurisprudence administrative. Dialogue intérieur », in *Mélanges René Chapus*, LGDJ, 2014, rééd. 1992, p. 589 ; F. Colin, « Les usages locaux, sources du droit administratif », *RFDA* 2007, p. 466 ; P. Tifine, « A propos des rapports entre usage, coutume et loi (la notion de « tradition locale ininterrompue » dans les textes et la jurisprudence consacrée aux corridas), *RFDA* 2002, p. 496. Les réflexions sur les adages sont également l'occasion de s'intéresser aux usages et à la coutume en droit administratif : P. Deumier, X. Magnon, « Les adages en droit public », *RFDA* 2014, p. 3 ; H. Hoepffner, J. Klein, « Les adages communs au droit public et au droit privé », *RFDA* 2014, p. 201.

¹¹ On en trouve pourtant quelques applications jurisprudentielles, par exemple en matière de curage des cours d'eau (CE, 15 mai 1857, Rec. 406 ; CE, 5 déc. 1879, DP 1880, 3, 67), de processions (CE, 14 janvier 1949, Rec. 18 ; CE, 26 avril 1950, Rec. 234 ; CE, 3 déc. 1954, Rec. 639) ou de taumachie (évoquant une « tradition locale ininterrompue » : TA Montpellier, 16 mai 2023, n°2301171, Association Comité radicalement anti-corrida et autres c/ Commune de Pérols ; Cons. Const., 21 sept. 2012, n°2012-271 QPC, Association Comité radicalement anti-corrida).

¹² Les conseillers d'Etat y seraient même « allergiques », selon J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Vème République*, Flammarion, rééd. 2008, p. 65-66 (cité par P. Mousseron, *Droit des usages*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2023, p. 45).

¹³ A. De Laubadère, P. Delvolvé, F. Moderne, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1984, p. 700 et s.

relever d'un régime de droit administratif ou de droit privé, les tentatives d'unification du régime de ces contrats sous l'égide du droit administratif étant restées jusqu'ici lettre morte¹⁴.

S'intéresser aux usages dans l'exécution des contrats de la commande publique conduit à se poser deux questions préalables.

On peut d'abord se demander s'il reste vraiment une place pour les usages dans cette phase. Le droit de l'exécution des contrats de la commande publique a pendant longtemps échappé à l'influence du droit de l'Union européenne et à l'emprise du droit écrit : c'est d'ailleurs une différence avec le droit de la passation de ces contrats, objet de directives européennes dès les années 1970. Mais aujourd'hui, le droit de l'exécution des contrats de la commande publique se trouve largement codifié, par les directives du 26 février 2014 et le Code de la commande publique : ce phénomène pourrait « restreindre le champ d'application des usages »¹⁵. Cela n'est toutefois pas le cas, notamment parce que cette codification demeure incomplète et laisse des espaces de liberté aux parties. Comme l'écrit Pascale Deumier, les débordements réglementaires n'ont pas « asséché » cette source du droit qu'est le droit spontané¹⁶.

Ensuite, on peut se demander s'il n'y a pas, dans ce sujet qui invite à réfléchir aux usages dans l'exécution des contrats, quelque chose d'un retour en arrière. En effet, toute la théorie générale des contrats administratifs a précisément été bâtie sur le souci de s'extraire des pratiques initiales, de s'élever à un degré supérieur de généralisation... Lorsqu'en 1945 Georges Péquignot fait paraître sa magistrale *Théorie générale des contrats administratifs*, on perçoit qu'il cherche à détacher le droit des contrats administratifs du « tropisme pratique » originel qui l'affecte¹⁷. Il s'agissait de faire oublier que le droit des contrats administratifs, et particulièrement sa phase d'exécution, est né d'usages, de pratiques administratives, qui par leur répétition ont façonné le droit applicable à ces contrats¹⁸. C'est une autre

¹⁴ Le projet de loi de simplification de la vie économique du 24 avril 2024 n'ayant pas connu de suite – pour une critique de cette tentative de réforme, N. Symchowicz, « Une réforme inopportune », *AJDA* 2024, p. 1197.

¹⁵ F. Colin, préc.

¹⁶ P. Deumier, *op. cit.*

¹⁷ F. Rolin, « Le rôle de la pratique dans la construction du droit administratif », *A propos des contrats des personnes publiques, Mélanges en l'honneur du Pr. L. Richer*, LGDJ, 2013, p. 9. Comme le note l'auteur, le même souci de se départir des considérations pratiques pourrait avoir guidé les auteurs du *Traité des contrats administratifs*, qui s'intitulait à l'origine « *Traité théorique et pratique des contrats administratifs* ».

¹⁸ X. Bezançon, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Thèse IEP Paris, LGDJ, Bibl. dr. publ., t. 206, 1999, p. 93.

différence avec le droit de la passation des contrats administratifs, historiquement regardé comme un droit des finances publiques et de police économique¹⁹ et réglementé par voie d'ordonnances dès le XVII^{ème} siècle²⁰.

On le comprend, le thème des usages dans l'exécution des contrats de la commande publique invite à faire un pas de côté, à s'extraire de la lecture des textes et des décisions de justice pour s'engouffrer dans le monde vivant de la pratique, des comportements, de l'oralité, de l'observation... C'est un thème qui fait appel à nos sens, et qui du point de vue de la méthode, suppose de se référer à la science administrative, à l'histoire, à la sociologie et peut-être même à la psychologie sociale²¹.

Pour tenter d'approcher ce « droit spontané » qui irrigue la phase d'exécution des contrats de la commande publique, il faut tenter d'identifier les usages qui ont cours dans cette phase (I) avant d'analyser leur force normative (II).

I. L'identification des usages dans l'exécution des contrats

S'intéresser aux usages dans l'exécution des contrats conduit à remarquer leur ubiquité (A) et leur diversité (B).

A. L'ubiquité des usages

L'histoire du droit des contrats, administratifs ou privés, est avant tout une histoire... de contrats²². Avant les concepts, existaient des *pratiques*, comme l'ont montré de nombreux auteurs²³. Mais alors, les usages ne sont-ils pas au

¹⁹ F. Rolin, préc.

²⁰ *Ibid.*

²¹ L. Seurot, « La psychologie sociale, science auxiliaire du droit administratif », *AJDA* 2023, p. 1429 ; J. Chevallier et D. Loschak, *Introduction à la science administrative*, Dalloz, Mémentos, 1974, p. 25.

²² B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Panthéon-Assas, 2003, p. 942 (notant qu'en droit des contrats, publics ou privés, la pratique précède toujours, et très largement, la théorie) ; voir également X. Bezançon, *op. cit.*, p. 93 (montrant que jusque vers 1750, il n'y a d'autre « droit des contrats de l'administration » que le droit contenu dans ces contrats eux-mêmes).

²³ X. Bezançon, *op. cit.* ; voir aussi A.-S. Condette-Marcant, *Bâtir une généralité. Le droit des travaux publics dans la généralité d'Amiens au XVIII^{ème} s.*, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2001, spéc. p. 308 (« c'est par les contrats que tout a commencé : avant le concept existait une pratique »).

fondement de tout le droit de l'exécution des contrats administratifs, dont on pourrait dire qu'il est le « fils » des usages²⁴ ?

On peut citer à l'appui de cette idée le Cahier des clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs pour les travaux publics du ressort de l'administration des Ponts et Chaussées datant de 1811. Ce texte, « produit de toute la pratique contractuelle antérieure »²⁵, fixe pour la première fois les grands principes du régime des contrats administratifs, et notamment les pouvoirs exorbitants de l'administration (mise en régie, pouvoir de direction, résiliation et modification unilatérale...) : c'est-à-dire tous les pouvoirs que l'on retrouve aujourd'hui codifiés à l'article L 6 du Code de la commande publique. Comme l'a noté Frédéric Rolin, ce texte constitue « l'acmé du rôle joué par la pratique contractuelle dans l'élaboration historique du droit des contrats administratifs »²⁶.

On a même pu soutenir que les « usages » fondaient le pouvoir de modification unilatérale de l'administration. C'est la thèse défendue par Jean L'Huillier dans un célèbre article de 1953²⁷. Selon lui, le pouvoir de modification unilatérale de l'administration, s'il existe bien, n'est pas un « pouvoir général » qui viendrait déroger au droit commun des contrats : ce n'est qu'une application de la règle posée à l'ancien article 1135 du Code civil (désormais 1194) selon laquelle « les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ». Comme l'écrit L'Huillier, ce que le Code appelle « usage » porte ici le nom de « pratique administrative ». Et ses termes sont édifiants : « lorsque la pratique généralement suivie par les administrations publiques comporte l'insertion systématique [dans certains contrats] de clauses réservant à l'autorité contractante le pouvoir de mettre fin au contrat [ou de le modifier], ces clauses doivent être considérées comme sous-entendues » lorsque dans un cas particulier, l'administration a omis de les y faire figurer.

Cette filiation entre l'usage et ce pouvoir exorbitant de l'administration dans l'exécution des contrats administratifs a bien sûr été remise en cause par la doctrine et la jurisprudence administrative ultérieure²⁸, et ce pouvoir est aujourd'hui codifié à l'art. L. 6 du Code de la commande publique sans qu'il soit besoin de se référer aux « usages ». Néanmoins, cette incursion dans un

²⁴ P. Mousseron, « Usages et contrats, fils ou frères ? » *AJ Contrats*, 2018, p. 351.

²⁵ F. Rolin, préc.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ J. L'Huillier, « Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'Administration ? », *Rec. Dalloz*, 1953, 24^{ème} cahier, p. 18.

²⁸ CE, 2 février 1983, Union des transports publics régionaux et urbains, n°34027, qui a fait de ce pouvoir une « règle générale applicable aux contrats administratifs ».

débat doctrinal daté permet de se rendre compte du rôle que les usages ont pu jouer dans la construction conceptuelle du droit de l'exécution des contrats administratifs.

Si historiquement le droit de l'exécution est né d'usages, certains usages imprègnent aujourd'hui l'exécution des contrats.

B. La diversité des usages

Le Code de la commande publique n'est pas d'une grande d'aide pour identifier des usages lors de la phase d'exécution des contrats. Tout au plus trouve-t-on une mention de ce terme à l'article R. 2192-17 du Code, relatif aux délais de paiement, ou à l'article R. 2112-14 à propos de la fixation des prix des marchés de fourniture de gaz et d'électricité en référence aux usages de la profession. Mais ce sont là des questions accessoires, et il faut plutôt se tourner vers la jurisprudence et la doctrine pour trouver des exemples d'usages dans l'exécution des contrats de la commande publique. Ces usages peuvent émaner de l'administration, ou des entreprises.

Du point de vue de l'administration, on trouve assez rarement la mention d'« usages » : la doctrine parle plutôt de pratiques, de faculté, de tolérances offertes à l'administration²⁹, mais ces pratiques emportent néanmoins des effets de droit et l'on peut donc y voir de véritables usages. Deux exemples permettent d'illustrer le propos.

Le premier concerne la modification unilatérale du contrat par le biais des ordres de service³⁰. L'ordre de service est un « outil directif »³¹, relevant du pouvoir de direction de l'administration contractante. Pourtant, en pratique, ils sont utilisés par les maîtres d'ouvrage pour modifier parfois substantiellement les stipulations du contrat³². En principe, les ordres de service sont écrits³³ mais la jurisprudence admet de longue date la pratique des ordres de service

²⁹ Sur cette notion de tolérance, F. Grabias, *La tolérance administrative*, Dalloz, NBT, 2018.

³⁰ L'ordre de service « est la décision du maître d'œuvre ou du maître d'ouvrage qui précise les modalités d'exécution de tout ou partie des prestations qui constituent l'objet du marché » (art. 2 CCAG Travaux 2021).

³¹ H. Hoepffner, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, 2008, p. 370 et s.

³² G. Ramus, « Les ordres de service dans le CCAG Travaux », *MTPB* 6 juillet 2007, p. 84 ; C. Farnoux et P. Boudrand, « Le mythe de l'avenant obligatoire dans les marchés publics de travaux », *MTPB* 26 déc. 2008, p. 48.

³³ En principe, les ordres de service sont *écrits*, datés, numérotés et notifiés par le maître d'œuvre ou le maître d'ouvrage à l'entreprise (art. 3.8.1 CCAG Travaux 2021),

verbaux³⁴, à laquelle elle attache des effets juridiques, ce qui permet de les qualifier de véritables usages. Ces usages soulèvent toutefois des incertitudes du point de vue juridique : des difficultés probatoires pour les ordres de service verbaux ; un décalage entre l'avenant (formellement encadré) et l'ordre de service qui ne l'est pas ; une méconnaissance des « règles de compétences internes » à l'administration³⁵ lorsque la jurisprudence admet qu'un ordre de service émis par une personne appartenant à son personnel engage l'administration³⁶.

Le second exemple concerne les renonciations de l'administration à l'exercice de certaines prérogatives. La renonciation peut se définir comme une « abdication unilatérale et volontaire à un droit dont on dispose »³⁷. La jurisprudence admet depuis longtemps que les personnes publiques renoncent aux bénéfices de pénalités³⁸. Cette renonciation peut d'ailleurs être explicite ou implicite, mais doit découler « clairement de la décision ou du comportement de l'autorité publique »³⁹. Ces pratiques de renonciations constituent autant de manifestations de la liberté contractuelle, admises par la jurisprudence administrative, et qui peuvent également être qualifiées d'usages.

Les usages que l'on peut identifier dans l'exécution des contrats émanent aussi des entreprises.

La jurisprudence offre des exemples de référence aux « usages professionnels » (auxquelles les parties peuvent se référer par exemple pour la fixation des honoraires des architectes⁴⁰), ou aux usages « constamment

³⁴ CE 17 octobre 1975, Commune de Canari, Lebon p. 516 ; CE 19 mars 1982, Cojonde, Lebon p. 671. Et, plus récemment : CE 16 janvier 1987, Commune de Montbronn c/ S^{té} Dhelinger et fils, req. n° 69729.

³⁵ N. Symchowicz, « Les renonciations de la personne publique à l'application du contrat », AJDA 1998.

³⁶ CE, 5 juin 1957, Sté Georges, Rec. 382 (architecte) ; CE, 3 nov. 1965, Cne de Bures-Les-Templiers, rec. 578 (ingénieur) ; CE, 17 nov. 1967, Sté des atelie(rs Nicou, rec. 429 (directeur travaux) : cités par H. Hoepffner, *op. cit.*, nbp n°95 p. 375.

³⁷ Sur ce thème : C. Blumann, *La renonciation en droit administratif*, LGDJ, 1974.

³⁸ CE 21 juillet 1926, Sieur Barnier, Lebon p. 767 ; CE 9 juillet 1950, Société française de constructions et d'aménagements industriels, Lebon p. 416 ; CE 21 février 1968, Société industrielle d'études et de travaux, RDP 1969, p. 63 ; CE, 28 oct. 1953, Sté comptoir des textiles bruts et manufacturés : Lebon T., p. 721 ; RDP 1954, p. 198 ; CE, 17 mars 2010, n° 308676, Cne Issy-les-Moulineaux, CMP 2010, comm. 166, note G. Eckert.

³⁹ G. Eckert, note sous TA Nîmes, 4 mars 2022, n° 1903908, Sté Suez Eau France, CMP n°5, mai 2022, comm. 144.

⁴⁰ CE, 10 mars 1853, Ramée, p. 323 ; CE, 23 juin 1864, Ville de Saint Yrieix, p. 593 ; CE, 4 avril 1879, Fivel c/ Cne de St Martin du Fresne ; CE 2 mai 1884, Dufils c/ Cne de Saint Etienne du Vauvray p. 346.

suivis » dans certains secteurs (qu'il s'agisse de la circulation des trains⁴¹ ou en matière de travaux⁴²). On peut y rattacher les « règles de l'art », notion qui malgré ses contours « flous »⁴³ peut être définie comme « le respect des usages professionnels répandus et considérés comme essentiels »⁴⁴. Le maître d'œuvre doit par exemple accomplir sa mission d'assistance au maître d'ouvrage lors de la réception des travaux « dans les règles de l'art », sous peine d'engager à son égard sa responsabilité contractuelle⁴⁵.

On peut encore mentionner, à propos des usages professionnels, une jurisprudence récente de la Cour de cassation et se poser la question de ses éventuelles incidences sur les contrats publics de droit privé. Dans un arrêt du 4 octobre 2023⁴⁶ concernant la fabrication et la pose d'armatures en acier, la Cour a jugé qu'« il résulte de l'article 1194 du Code civil que les usages élaborés par une profession ont vocation à régir, sauf convention contraire, non seulement les relations entre ses membres, mais aussi celles de ces derniers avec des personnes étrangères à cette profession dès lors qu'il est établi que celles-ci, en ayant eu connaissance, les ont acceptés ». En l'espèce, la société Deslile, qui n'était pas armateur mais avait une bonne connaissance du secteur, s'est vu appliquer les usages de cette profession... On est tenté de transposer la solution aux marchés publics de droit privé et se demander si l'acheteur public personne morale de droit privé ne pourrait pas se trouver soumis, en vertu de cette jurisprudence, aux usages propres à la profession de ses cocontractants... à condition d'en avoir eu connaissance, ce qui n'est pas évident, mais ne paraît pas complètement impossible.

Cette grande variété des usages dans l'exécution des contrats pose la question de leur normativité.

⁴¹ CE 8 février 1878, Cie de Dombes et des Chemins de fer du Sud est c/ Min des Finances.

⁴² CE 13 avril 1881, Sieur Amé contre Département du Morbihan p. 449.

⁴³ H. Hoepffner, « Sanction de l'inobservation des règles de l'art par le maître d'œuvre », *RDI* 2020, p. 313.

⁴⁴ Concl. M. Le Corre, sur CE, 27 mars 2020, n° 426955. Une autre définition est donnée par A. Penneau, *Règles de l'art et normes techniques*, LGDJ, T. 203, 1989, n°65, p. 51 : « règles de comportement, de savoir-faire, dans l'application des techniques qui permettent à l'homme de régler une confrontation qui l'oppose à des phénomènes naturels constituant pour lui des données objectives ». Dans sa thèse, P. Deumier souligne que les règles de l'art sont des pratiques techniques et non pas juridiques ; elles seraient « l'équivalent spontané des normes techniques » (*Le droit spontané, op. cit.*, p. 100).

⁴⁵ CE, 8 janvier 2020, n° 428280, *Communauté urbaine de Bordeaux* ; voir *infra*.

⁴⁶ Com. 4 oct. 2023, n° 22-15.685 ; P. Deumier, « L'obscur clarté des usages professionnels », *RTD Civ.* 2024 p. 71.

II. La normativité des usages

Il faut ici tenter d'éclaircir la valeur de ces usages (A), et leurs effets (B).

A. La valeur des usages

Comment situer ces usages dans la hiérarchie des normes ? Il semble possible de distinguer trois cas de figure.

L'usage peut d'abord être codifié, absorbé par un texte. En droit administratif, l'usage (comme la coutume) reste une source de droit « secondaire et subalterne »⁴⁷, et il y a bien souvent, en arrière-plan de l'usage, un texte qui le reprend, lui communique sa validité « et le relie au système étatique formel »⁴⁸. C'est le cas aujourd'hui des dispositions des cahiers des charges ou de l'article L. 6 du Code de la commande publique. Dans ces cas, la force de la règle est « celle conférée à la loi ; la pratique juridique qui a pu les constituer ne joue qu'un rôle explicatif de leur genèse, pas de leur valeur »⁴⁹. Ici, la loi a pris le relais de l'usage, en quelque sorte⁵⁰.

Ensuite, l'usage apparaît parfois dominé ou « canalisé »⁵¹, au sens où le contrat peut exclure toute référence à l'usage. Dans sa thèse, Georges Teboul résume ce point en écrivant que l'usage est alors obligatoire, mais pas impératif⁵². Par exemple au XIX^{ème} siècle, l'article 38 de l'ancien Cahier des clauses générales des Ponts et Chaussées excluait l'applicabilité des « us et coutumes » au profit de l'entrepreneur en matière de métrés et pesages⁵³. On peut également citer un arrêt Saint Georges de 1856⁵⁴ (parmi d'autres exemples jurisprudentiels⁵⁵), le Conseil d'Etat relève qu'une clause du contrat avait expressément exclu que l'entrepreneur se prévale des « méthodes particulières connues sous le nom d'usages », de sorte que les parties ne pouvaient pas se

⁴⁷ B. Plessix, *op. cit.*, p. 18.

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ G. Canivet, « La réception par le juge des pratiques juridiques », *LPA* 2003, p. 46.

⁵⁰ M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 7^{ème} éd., Sirey, 1911, p. 55. C'est une différence avec le droit privé, où la codification de l'usage ne lui fait pas perdre sa qualité d'usage.

⁵¹ P. Mousseron, « Les usages en droit des affaires », *JCPE* n°55, 22 juin 2023, p. 1190.

⁵² G. Teboul, *op. cit.*, p. 108 et s.

⁵³ G. Teboul, *op. cit.*, p. 108 et s ; A. De Laubadère, P. Delvolvé, F. Moderne, *op. cit.*, 1983, T. 2, p. 700 et s.

⁵⁴ CE, Saint Georges, 4 septembre 1856, p. 579.

⁵⁵ Par exemple : CE, Cne de Vouneuil sur Vienne, 14 février 1873, p. 176 ; CE, Chevrier 4 août 1870, p. 1013 ; CE, Saint Georges, 4 septembre 1856, p. 579.

référer aux usages du commerce pour déterminer le poids des quantités de matériaux à payer pour construire des fortifications militaires au Havre.

Le contrat peut donc aller contre l'usage. L'inverse en revanche n'est pas vrai : le droit administratif se montre hostile vis-à-vis de l'usage *contra legem*. Un arrêt du Conseil d'Etat de 1953, Sieur Camerlo⁵⁶, l'illustre : le juge administratif refuse que les parties puissent modifier les clauses du contrat par leur comportement répété. Dans cette affaire, l'octroi de nouvelles sommes au concessionnaire en cours d'exécution du contrat ne pouvait donc pas avoir modifié le caractère forfaitaire de la subvention annuelle dont il bénéficiait. Lorsqu'on sait à quel point la modification du contrat est encadrée aujourd'hui, sous l'influence du droit de l'Union européenne, ce refus d'admettre qu'un usage puisse aller contre le contrat se comprend particulièrement bien.

Enfin, il se peut que l'usage produise des effets juridiques à part entière. Il apparaît alors comme une norme obligatoire qui peut être sanctionnée par le juge : c'est le cas du maître d'œuvre tenu d'agir selon les règles de l'art⁵⁷.

L'usage apparaît donc comme une source secondaire en droit administratif : il constitue parfois une véritable norme obligatoire, mais il lui arrive aussi d'être absorbé par la loi, ou dominé par le contrat. Il n'en produit pas moins des effets juridiques qu'il convient d'explorer.

B. Les effets des usages

S'intéresser aux effets des usages conduit à examiner leur fonction, et leur sanction.

La fonction des usages au cours de l'exécution des contrats est double : ils permettent d'interpréter et de compléter le contrat.

En droit public comme en droit privé, le contrat s'interprète par référence à la commune intention des parties⁵⁸. Mais cette méthode d'interprétation subjective peut être complétée par des éléments objectifs, extérieurs aux parties, comme l'usage et les règles de l'art. Le juge administratif peut ainsi se

⁵⁶ CE, 23 janvier 1953, Camerlo, p. 37. Il était question d'un contrat de concession entre la ville de Clermont Ferrand et le Sieur Camerlo pour la direction et l'exploitation du théâtre de la ville.

⁵⁷ CE, 8 janvier 2020, n° 428280, *Communauté urbaine de Bordeaux*.

⁵⁸ L. Richer, F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2021, n°505 p. 239 ; R. Cabrillac, *Droit des obligations*, Dalloz, 16^{ème} éd., 2024, p. 124 et s. Voir également la thèse de V. Lamy, *Recherches sur la commune intention des parties dans les contrats administratifs*, Mare & Martin, 2022.

référer à l'usage pour clarifier les termes du contrat lorsque ce dernier soulève des difficultés d'interprétation en cours d'exécution. C'était le cas dans une affaire Lecamus de 1927⁵⁹, dans laquelle les requérants devaient fournir des draps à l'administration militaire : dans le silence du contrat, le juge se réfère aux « usages du commerce » pour déterminer quelle méthode devait être suivie pour déterminer le poids des laines à facturer. Le juge a également interprété le contrat d'après un usage « établi à Marseille » dans l'arrêt Razimbaud de 1944⁶⁰, d'après « un usage établi par l'administration » dans l'arrêt Galopin de 1954⁶¹, ou en référence aux « usages locaux » dans un arrêt Conseil de fabrique de Champeaux c/ Drevin de 1881⁶².

L'usage a également pour fonction de combler les lacunes du contrat, de le compléter. On a parfois parlé de « forçage du contrat », mais il s'agit surtout pour le juge de « mettre en conformité, par adjonction, le contenu du contrat avec les exigences juridiques qui en commandent l'effectivité et qu'imposent la loi, la coutume ou l'équité »⁶³. Le Conseil d'Etat a pu se référer aux « usages constamment suivis »⁶⁴ ou aux « usages professionnels » pour fixer les honoraires d'architectes⁶⁵, ou aux « usages du pays »⁶⁶ pour déterminer les zones dans lesquelles les entrepreneurs pouvaient s'approvisionner en matériaux pour l'exécution de travaux.

La référence aux usages permet donc d'interpréter et de compléter le contrat. Dans certains cas, la méconnaissance d'un usage est même sanctionnée. En effet, le juge administratif utilise parfois les usages comme normes de référence de son contrôle de l'action administrative, et sanctionne les comportements qui ne s'y conformeraient pas⁶⁷.

C'est ainsi que la méconnaissance d'un usage peut entraîner la responsabilité d'une partie au contrat. Ainsi dans un arrêt Grias de 1870⁶⁸, la responsabilité de l'administration a pu être engagée pour violation des usages dans les travaux de reconstruction d'un pont. En effet, elle n'avait pas construit

⁵⁹ CE, 8 juillet 1927, Lecamus, p. 765.

⁶⁰ CE, 11 juillet 1944, Razimbaud, p. 198.

⁶¹ CE, 2 juillet 1954, Galopin, *RDP* 1955, p. 227.

⁶² CE, 28 mai 1881, Conseil de fabrique de Champeaux c/ Drevin p. 582.

⁶³ N. Balat, *Les grands articles du Code civil*, Dalloz, 4^{ème} éd., 2022 (art. 1194).

⁶⁴ CE 13 avril 1881, p. 449, Sieur Amé c/ Département du Morbihan.

⁶⁵ CE, 10 mars 1853, Ramée, p. 323 ; CE, 23 juin 1864, Ville de Saint Yrieix, p. 593 ; CE, 4 avril 1879, Fivel c/ Com de St Martin du Fresne ; CE 2 mai 1884, Dufils c/ Cne de Saint Etienne du Vauvray p. 346.

⁶⁶ Arrêt du Conseil du Roi du 7 septembre 1755 ; confirmé par un arrêt du Conseil du 20 mars 1780 ; CE, 22 mars 1851, Blancler, p. 190.

⁶⁷ B. Plessix, *op. cit.*, p. 18 et s.

⁶⁸ CE, Grias, 1^{er} juin 1870, p. 692.

les digues provisoires de la bonne hauteur, ce qui avait empêché l'entrepreneur de travailler correctement et lui avait causé un préjudice dans l'exécution des travaux. Un autre exemple plus récent est fourni par un arrêt Communauté urbaine de Bordeaux du 8 janvier 2020, dans lequel l'inobservation des règles de l'art par le maître d'œuvre a été sanctionnée par le Conseil d'Etat⁶⁹. Seuls les vices pouvant échapper à l'œil averti de « l'homme de l'art » permettent d'écarter sa responsabilité⁷⁰.

La référence aux usages peut encore permettre au juge administratif de moduler à la baisse des pénalités de retard : pour établir le caractère manifestement excessif de ces pénalités, les parties peuvent invoquer, « notamment », les « pratiques observées pour des marchés comparables » ou les caractéristiques particulières du marché. On peut citer en ce sens un arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon du 18 janvier 2024, Société Dekra Industriel⁷¹ ; et la formule est récurrente dans la jurisprudence administrative⁷². Mais dans cette affaire (et dans bien d'autres), la référence à l'usage n'est pas très efficace : le juge considère que les parties n'ont pas apporté assez de précisions quant à ces pratiques, ce qui ne permet donc pas de conclure au caractère manifestement excessif des pénalités infligées.

Enfin, une difficulté persiste lorsque l'usage est admis par le juge administratif mais sanctionné par le juge financier : c'est le cas à propos de la renonciation aux pénalités. On a vu précédemment que le juge administratif admettait cet usage de longue date. Mais cette solution suscite des « réserves » de la part du juge financier, qui a pu engager la responsabilité des comptables publics qui n'avaient pas appliqué les pénalités de retard prévues au contrat⁷³. La réception d'un usage par le juge administratif, déjà discrète, suppose donc une vigilance accrue lorsqu'elle est réprouvée par d'autres branches du droit – ici, le droit public financier.

Pour conclure, on relèvera que le droit de l'exécution des contrats est né d'usages et engendre à son tour des usages. Ces usages sont marqués par la plus grande diversité : c'est ce qui rend leur systématisation difficile, mais leur étude passionnante.

⁶⁹ CE, 8 janvier 2020, n° 428280, *Communauté urbaine de Bordeaux*.

⁷⁰ H. Hoepffner, « Sanction de l'inobservation des règles de l'art », *RDI* 2020, p. 313.

⁷¹ CAA Lyon, 18 janvier 2024, n°22LY01507.

⁷² CE 19 juillet 2017, *Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent*, n° 392707 ; CAA Nancy, 2 décembre 2019, 422615.

⁷³ C. comptes, 7 déc. 2005, *Etablissement public de Basse-Seine*, n° 44255 ; Rev. Trésor 2007. 166. Sur ce point, voir M. Lascombe et X. Vandendriessche, *Chronique de droit public financier* : *RFDA* 2007, p. 843.

USAGES ET EXECUTION DU CONTRAT EN DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Thierry Amselek

Directeur Droit des marchés et des contrats, Société des grands projets

Dans la présente étude, il est permis de distinguer la question des usages découlant ou traduits dans des instruments juridiques mêmes relatifs à l'exécution des contrats, de celle des comportements répétés et pratiques ou usages concernant les actes d'exécution du contrat.

I. Les usages découlant ou traduits dans des instruments juridiques mêmes relatifs à l'exécution des contrats.

A. L'exécution peut-elle se concevoir à travers des usages en dehors des textes régissant les contrats de la commande publique ?

Il est permis de s'interroger, car :

Les directives européennes « marchés » et « contrats de concession » du 26 février 2014 traitent pour la première fois de l'exécution du contrat et essentiellement de la modification et de la résiliation du marché ou contrat.

En droit interne, l'existence d'une codification du domaine des marchés publics dans un code des marchés publics remonte à la loi du 17 avril 1906 portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906 et au décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 portant codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics.

A l'inverse du code des marchés publics (2001, 2004 et 2006), 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 et les décrets n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 et 2005-1308 du 20 octobre 2005 prévoient seulement des versements à titre d'avances ou d'acomptes.

Toutefois, avec l'avènement de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés public, de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et de leurs décrets d'application de

2016, puis du code de la commande publique en avril 2019, force est de constater que l'édiction de règles d'exécution notamment financière des contrats de la commande publique s'est plus largement répandue, dans le souci du principe du bon usage des deniers publics.

Le code de la commande publique rassemble également les règles relatives :

à la **maîtrise d'ouvrage publique et ses relations avec la maîtrise d'œuvre privée** (loi MOP n° 85-704 du 12 juillet 1985 et son décret d'application),

à la **sous-traitance** (loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance), pour laquelle l'article L. 2193-3 dispose que « *Sont nuls et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions du présent chapitre.* »,

aux **délais de paiement** et à la **facturation électronique**.

Cette codification a enfin et surtout permis également de codifier certains usages ou certaines théories d'origine jurisprudentielle :

relatives notamment à des théories du droit prétorien telle que la théorie de l'imprévision (L. 6-3°), mais également et surtout à la modification unilatérale (L. 6- 4°) et à la résiliation unilatérale (L. 6-5°) du contrat lorsque celui-ci est un contrat administratif.¹

¹ L'article L. 6 du code de la commande publique dispose ainsi :

« *A ce titre :*

1° L'autorité contractante exerce un pouvoir de contrôle sur l'exécution du contrat, selon les modalités fixées par le présent code, des dispositions particulières ou le contrat ;

2° Les contrats qui ont pour objet l'exécution d'un service public respectent le principe de continuité du service public;

3° Lorsque survient un évènement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité ;

4° L'autorité contractante peut modifier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code, sans en bouleverser l'équilibre. Le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat;

5° L'autorité contractante peut résilier unilatéralement le contrat dans les conditions prévues par le présent code. Lorsque la résiliation intervient pour un motif d'intérêt général, le cocontractant a droit à une indemnisation, sous réserve des stipulations du contrat. ».

B. Un socle de clauses administratives générales respectueux des usages des praticiens

Depuis 1976, la numérotation des articles du CCAG-Travaux (instrument auquel ont recours et se réfèrent dans leurs cahiers des clauses administratives particulières du contrat de nombreux acheteurs publics) approuvés en septembre 2009 (et modifié en avril 2014), puis en mars 2021, a toujours été préservée au maximum, afin de permettre de sécuriser les us et coutumes des praticiens de la commande publique (autorités contractantes et opérateurs économiques).²

Des règles essentiellement marquées par leur ancienneté et leur fréquence perdurent en matière d'exécution des marchés publics de travaux : réception et garanties fixées selon les principes civilistes régissant la responsabilité décennale des constructeurs ; principes d'unicité et d'intangibilité du décompte général.

II. Les comportements répétés et pratiques ou usages concernant les actes d'exécution du contrat

A. La généralisation des ordres de service

La pratique des ordres de service est très ancienne puisqu'elle existe depuis les années 1950 et tous les CCAG aujourd'hui (et depuis 2009) y font référence : fournitures courantes et services, maîtrise d'œuvre, marchés publics industriels, prestations intellectuelles, techniques de l'information et de la communication.

Article 2 du CCAG-Travaux (2021) :

L'« ordre de service » est la décision du maître d'œuvre ou du maître d'ouvrage qui précise les modalités d'exécution de tout ou partie des prestations qui constituent l'objet du marché ».

Les ordres de service doivent être écrits, datés et numérotés, notifiés au titulaire qui en accuse réception datée dans les conditions précisées à l'article 3.8.1 du CCAG applicable aux marchés de travaux.

² A l'occasion de la refonte du CCAG-Travaux en 2006 et 2007, après une tentative de renumérotation des articles du CCAG-Travaux, Jérôme Grand Eson, alors directeur des affaires juridiques au ministère de l'économie a veillé, dans le respect des usages, au réemploi de « la bonne vieille numérotation ».

Ils peuvent porter notamment sur :

- Le commencement de l'exécution du marché ou d'une tranche de marché ;
- La prolongation du délai de réalisation des travaux ;
- Les changements dans l'importance de certaines natures d'ouvrages ;
- La suspension des travaux ;
- La reprise de malfaçons.

Cependant, en aucun cas, le maître d'œuvre ne peut notifier des ordres de service relatifs :

- à la notification de la date de commencement des travaux,
- au passage à l'exécution d'une tranche optionnelle,
- à la notification de prix nouveaux aux entrepreneurs pour des ouvrages ou travaux non prévus,
- à la prolongation des délais,

sans avoir recueilli au préalable l'accord du maître d'ouvrage (matérialisé par toute modalité que le maître d'œuvre estime appropriée afin d'être à même de pouvoir justifier, en cas de différend, du respect de cette règle contractuelle)³.

- Un ordre de service **vaut engagement juridique de la personne publique⁴ et revêt par conséquent une force normative**. Lorsqu'il a une incidence financière, l'ordre de service doit permettre de rémunérer le titulaire au prix le plus proche de celui de la prestation réalisée⁵.

³ CAA Douai 4 juin 2018, n° 15DA01232.

⁴ Jurisprudence du Conseil d'Etat reconnaissant la valeur d'engagement d'un ordre de service (Conseil d'Etat, 17 novembre 1967, *Société des ateliers de construction J. Nicou et Cie*, requête n° 60938).

⁵ Article L. 2194-3 du code de la commande publique (créé par la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019) : « *Les prestations supplémentaires ou modificatives demandées par l'acheteur au titulaire d'un marché public de travaux qui sont nécessaires au bon achèvement de l'ouvrage et ont une incidence financière sur le marché public font l'objet d'une contrepartie permettant une juste rémunération du titulaire du contrat.* ». Article 3.8.6. CCAG Travaux (2021) « *Les ordres de service prescrivant des prestations supplémentaires ou modificatives qui ont une incidence financière sur le marché donnent lieu à une juste rémunération dans les conditions de l'article 13.* ».

Il en va également ainsi des **ordres verbaux** (pratique également très ancienne⁶) dont le titulaire a accusé réception sans élever de contestation et qui sont assimilés à des ordres écrits : « *que ce service, qui n'était pas prévu au cahier des charges, a été exécuté à la suite d'une demande verbale de la ville de la Rochelle et a été utile à celle-ci ; que si la société a conclu, le 7 juin 1979, un avenant fixant les conditions de rémunération et d'horaires de ce service, à compter du 1er juin 1979, cet avenant ne saurait la priver du droit au paiement des prestations qu'elle a réalisées avant cette date ; que par suite, la SOCIETE DES ENTREPRISES GRAY a droit au remboursement des sommes qu'elle a exposées du fait de cette prestation supplémentaire* »⁷

En pratique, le titulaire ne peut refuser d'exécuter un ordre de service au motif :

- qu'il serait abusif⁸.
- que l'entrepreneur ne pouvait exécuter les prescriptions dans les règles de l'art⁹.

Cependant, un entrepreneur titulaire d'un marché public peut refuser d'exécuter un ordre de service dans ces quatre cas :

Prestations supplémentaires ou modificatives demandées par le maître d'ouvrage au titulaire, ayant une incidence financière sur le marché et notifiées au titulaire sans aucune valorisation financière « permettant une juste rémunération du titulaire ».

Travaux correspondant à des changements dans les besoins ou les conditions d'utilisation auxquels les ouvrages faisant l'objet du marché doivent satisfaire dont le montant excède le dixième du montant contractuel des travaux (article 15.2.2 du CCAG-Travaux).

Ordre de service (tardif) de démarrage des travaux notifié à l'expiration du délai fixé par le marché (article 46.2.1 du CCAG-Travaux) et droit du titulaire à l'exception de l'inexécution de ses obligations (droit pour le

⁶ Conseil d'Etat, 5 juin 1953, *Office public d'HLM de Seine-et-Oise*.

⁷ Conseil d'Etat, 1 juillet 1988, *Société des entreprises Gray*, n° 55947.

⁸ CE 5 juin 1971, *Entreprise A. Dodin*, 77468.

⁹ CAA Bordeaux 7 avril 2011, *Société Pau Peintures*, 09BX01283, Inédit au recueil Lebon : « *l'entreprise PAU PEINTURES, en ne respectant pas l'ordre de service qui lui avait été donné et en suspendant les travaux, a gravement manqué à ses obligations contractuelles ; que, pour s'exonérer de la faute qu'elle a ainsi commise, elle ne peut utilement se prévaloir de la circonstance de ce qu'elle ne pouvait exécuter les travaux dans les règles de l'art* ».

titulaire de ne pas exécuter ses obligations si le maître d'ouvrage n'exécute pas les siennes).

Ordre de service présentant un risque en termes de sécurité, de santé ou contrevenant à une disposition législative ou réglementaire à laquelle le titulaire est soumis dans l'exécution des prestations objet du marché (2^e alinéa de l'article 3.8.2 du CCAG-Travaux).

B. Les pénalités : entre fréquence de prévision dans les contrats et tempéraments caractérisant des usages dans leur application

1. Fréquence de prévision dans les contrats

Une pratique marquée par sa fréquence lorsqu'il s'agit de la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat : « Les pénalités de retard prévues par les clauses d'un marché public ont pour objet de réparer forfaitairement le préjudice qu'est susceptible de causer au pouvoir adjudicateur le non-respect, par le titulaire du marché, des délais d'exécution contractuellement prévus. »¹⁰

L'acheteur ne peut appliquer des pénalités à son cocontractant que si la méconnaissance des obligations contractuelles justifiant l'application de telles pénalités est imputable au titulaire du marché ou à l'un de ses sous-traitants.

*Les pénalités « sont applicables au seul motif qu'un retard dans l'exécution du marché est constaté et alors même que le pouvoir adjudicateur n'aurait subi aucun préjudice ou que le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché qui résulte de leur application serait supérieur au préjudice subi ».*¹¹

Le caractère libératoire des pénalités dans le silence du contrat « *Les pénalités de retard appliquées par un maître d'ouvrage à l'encontre d'un entrepreneur ayant un caractère forfaitaire et étant réputées couvrir tous les préjudices nés de l'indisponibilité de l'ouvrage à la date convenue, le maître d'ouvrage ne saurait réclamer, en sus, des dommages et intérêts, sauf à établir un préjudice distinct de celui résultant du retard apporté à l'exécution du marché de travaux* ». ¹²

¹⁰ Conseil d'État, 7^{ème} - 2^{ème} chambres réunies, 19/07/2017, n° 392707.

¹¹ Conseil d'État, 7^{ème} - 2^{ème} chambres réunies, 19/07/2017, n° 392707.

¹² CAA Nancy, 26 janvier 2006, 01NC00555, inédit au Recueil Lebon.

2. Tempéraments caractérisant des usages dans l'application des pénalités.

La tolérance de certains retards « *Il est toujours loisible aux parties de s'accorder, même sans formaliser cet accord par un avenant, pour déroger aux stipulations du contrat initial, y compris en ce qui concerne les pénalités de retard* ». « *La cour administrative d'appel de Paris n'a donc pas commis d'erreur de droit en jugeant, par une appréciation souveraine exempte de dénaturation, qu'en ayant accordé à la société Sicra des reports successifs de délais jusqu'au 28 février 2007, la commune devait être réputée avoir renoncé à lui infliger des pénalités de retard* ». ¹³

La remise partielle ou l'exonération totale de pénalités doit être exceptionnelle, dûment justifiée et correctement documentée. En effet les juridictions financières apprécient strictement les causes d'exonération dès lors que la non-application de pénalités par une personne publique constitue un soutien non formalisé à son co-contractant et dans certains cas est susceptible d'être assimilée à une libéralité. A défaut de décision expresse et explicite, l'exonération des pénalités est également susceptible d'être assimilée à un avantage injustifié au sens de l'article 432-14 du code pénal. Cette décision doit impérativement être transmise au comptable public afin qu'il puisse procéder au paiement.

Le pouvoir de modulation des pénalités : une pratique inspirée des usages du droit privé : article 1231-5 du code civil « *le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.* »

« *Si, lorsqu'il est saisi d'un litige entre les parties à un marché public, le juge du contrat doit, en principe, appliquer les clauses relatives aux pénalités dont sont convenues les parties en signant le contrat, il peut, à titre exceptionnel, saisi de conclusions en ce sens par une partie, modérer ou augmenter les pénalités de retard résultant du contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire, eu égard au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations* ». ¹⁴

« *Lorsque le titulaire du marché saisit le juge de conclusions tendant à ce qu'il modère les pénalités mises à sa charge, il ne saurait utilement soutenir que le pouvoir adjudicateur n'a subi aucun préjudice ou que le préjudice qu'il a subi est inférieur au montant des pénalités mises à sa charge. Il lui appartient*

¹³ Conseil d'État, 7ème - 2ème sous-sections réunies, 17/03/2010, n° 308676.

¹⁴ Conseil d'Etat, 19 juillet 2017, n° 392707 (point 5).

de fournir aux juges tous éléments, relatifs notamment aux pratiques observées pour des marchés comparables ou aux caractéristiques particulières du marché en litige, de nature à établir dans quelle mesure ces pénalités présentent selon lui un caractère manifestement excessif. Au vu de l'argumentation des parties, il incombe au juge soit de rejeter les conclusions dont il est saisi en faisant application des clauses du contrat relatives aux pénalités, soit de rectifier le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché dans la seule mesure qu'impose la correction de leur caractère manifestement excessif. »¹⁵

C. La pratique des avenants : vers une pratique quasi-normale, moins restreignant de l'autonomie des volontés ?

La pratique en vigueur des avenants est très ancienne¹⁶.

A l'origine, l'avenant est « *l'expression du principe de l'autonomie des volontés qui est à la base de la théorie classique des contrats : ce que les parties ont fait à un moment donné, elles peuvent le modifier à un autre moment. C'est en fait le principe de la liberté contractuelle.* »¹⁷

Avec l'adoption de la loi n° 95-127 du 8 février 1995, venue compléter la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dont l'objectif est « *d'améliorer la transparence des délégations de service public et renforcer les contrôles sur ces délégations, ainsi que sur les procédures de marchés publics* »¹⁸, les projets d'avenants entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % sont soumis à l'avis de la commission d'appel d'offres¹⁹.

¹⁵ CAA de Lyon, 18 janvier 2024, n° 22LY01507 (point 8).

¹⁶ Lettre collective n° 144 M du 31 octobre 1972 sur les avenants aux marchés publics : « *Lorsque les parties contractantes à un marché public sont amenées à apporter des modifications aux dispositions de ce dernier, elles établissent, en règle générale, un avenant.* ».

¹⁷ Massira BELKACEMI, Chargée d'enseignement à l'Université d'Auvergne. Gazette du Palais du 20 juin 1998.

¹⁸ Rapport de M. De Roux au nom de la Commission des lois, n° 1782, page 5.

¹⁹ Article 8 : « *Tout projet d'avenant à un marché de travaux, de fournitures ou de services entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres. L'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis.*

Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables lorsque ces avenants concernent des marchés qui, conformément aux dispositions du code des marchés publics, n'ont pas été soumis eux-mêmes à cet avis. Ces dispositions ne sont pas non plus applicables lorsque ces avenants concernent les marchés conclus par l'Etat ou ses établissements publics autres que

A cette occasion, la doctrine souligne qu'« un encadrement poussé de la pratique de l'avenant conduit à limiter la possibilité de modifier le contrat, et par conséquent à restreindre l'autonomie de la volonté » (...) l'avenant ne doit pas être considéré comme une procédure normale de gestion d'un contrat. Le contrôle de l'avenant devient un moyen de contrôle à l'égard du contrat. Aujourd'hui, à travers l'illégalité de l'avenant, on sanctionne souvent l'inconsistance du contrat initial. (...) On peut se demander si la passation des avenants ne devient pas plus réglementée que le contrat lui-même car il semble plus difficile aujourd'hui de conclure un avenant que de conclure un contrat alors qu'à l'origine le schéma inverse s'imposait. »²⁰

« Cette limitation du droit de modifier par avenant les contrats conclus après appel à la concurrence présente par ailleurs l'avantage « de constituer pour les collectivités une forte incitation à procéder avant le lancement de la consultation des entreprises à une meilleure analyse préalable de leurs besoins ». ²¹

Selon l'article **45 bis (255 bis pour les marchés publics des collectivités territoriales)** du code des marchés publics (décret n° 76-88 du 21 janvier 1976) :

« Lorsque le montant des prestations exécutées atteint le montant prévu par le marché, la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée :

- soit à la conclusion d'un avenant ;
- soit, si le marché le prévoit, à une décision de poursuivre prise par la personne responsable du marché.

Sauf en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, avenants et décisions de poursuivre ne peuvent bouleverser l'économie du marché ni en changer l'objet. »

ceux ayant un caractère industriel et commercial, un établissement public de santé ou un établissement public social ou médico-social. ».

Sur ces bases, aujourd'hui l'article L. 1414-4 du code général des collectivités territoriales dispose : « Tout projet d'avenant à un marché public entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres. Lorsque l'assemblée délibérante est appelée à statuer sur un projet d'avenant, l'avis de la commission d'appel d'offres lui est préalablement transmis. Toutefois, ces dispositions ne sont pas applicables lorsque ces avenants concernent des marchés publics qui ne sont pas soumis à la commission d'appel d'offres. ».

²⁰ Massira BELKACEMI, Chargée d'enseignement à l'Université d'Auvergne. Gazette du Palais du 20 juin 1998.

²¹ « Les avenants » par Etienne Fatôme, Professeur à l'Université Paris. *Télégramme marchés publics*, 1995, n° 195, page 1.

Il en est résulté une limitation extrêmement rigoureuse de la liberté contractuelle des parties fondée tant sur la nature et le montant des prestations supplémentaires que sur le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence.

Dans une espèce de 1995²², pour juger que l'avenant est illégal et aurait dû faire l'objet d'une nouvelle mise en concurrence, le Conseil d'Etat a mis au point une nouvelle théorie de dissociabilité du marché initial ²³et considère : *« qu'il ressort des pièces du dossier que cette importante augmentation était destinée à permettre le paiement de travaux, d'ailleurs déjà exécutés, qui, pour l'essentiel, étaient dissociables des travaux prévus par le marché initial et auraient donc dû donner lieu à la passation d'un marché distinct ; qu'ainsi, les dispositions susmentionnées du code des marchés publics imposant une mise en concurrence préalable faisaient obstacle à la conclusion d'un avenant ayant pour objet l'exécution des nouveaux travaux ».*

La circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics (21.8.1 L'avenant) précise :

« La seule exception à cette règle concerne les sujétions techniques imprévues rencontrées au cours de l'exécution du contrat, c'est-à-dire des obstacles non imputables aux parties et constitutifs de difficultés imprévues et exceptionnelles. Un avenant peut alors être conclu pour y faire face, sans limite de montant. Cette exception est applicable à toutes les catégories de marchés : travaux, fournitures et services.

Sous les réserves précédentes, la modification résultant d'un avenant peut porter sur tous les engagements des parties au contrat : prestations à exécuter, calendrier d'exécution ou règlement financier du marché.

L'avenant a, également, vocation à régir les changements qui peuvent affecter la personne publique contractante (cession volontaire du marché, fusion de communes ou d'établissements publics, etc.).

Les modifications affectant la personne du titulaire du marché doivent donner lieu, dans certains cas, à la passation d'un avenant. A titre d'exemples, on peut citer : le décès du cocontractant, l'apport du marché par son titulaire

²² Conseil d'Etat, 30 janvier 1995, *Société Viafrance société Sparfel*, n° 151099.

²³ A noter que la lettre collective n° 144 M du 31 octobre 1972 sur les avenants aux marchés publics précise que *« Dans le domaine des marchés publics, la libre expression des volontés a cependant des limites, telles par exemple que le respect des règles de la concurrence ou des règles budgétaires. Un avenant ne saurait bouleverser l'économie du marché ou en changer fondamentalement l'objet. C'est ainsi que la passation d'un avenant ne peut régler le cas de travaux ne se rattachant pas à l'exécution des travaux prévus au marché ni celui de travaux nouveaux non liés directement à l'exécution du marché initial. Il convient dans ce cas de conclure un nouveau marché ».*

à une société ou à un GIE, la disparition de l'entreprise titulaire par fusion ou scission-absorption aboutissant à la création d'une société nouvelle, la cession d'actifs ou transmission de patrimoine à un tiers.

Dans ces hypothèses, la cession du marché ne doit avoir lieu qu'avec l'assentiment préalable de la collectivité publique (cf. l'avis du 8 novembre 2000 de la section des finances du Conseil d'Etat sur les cessions de contrats de marchés publics ou de délégation de service public, n° 364803). Aussi, après appréciation des garanties professionnelles et financières que peut apporter le cessionnaire reprenant le contrat, pour assurer la bonne fin du contrat, la personne publique cocontractante ne peut refuser la cession que pour un motif tiré des garanties en capacités insuffisantes du repreneur. Si la cession lui paraît de nature soit à remettre en cause les éléments essentiels relatifs au choix du titulaire initial du contrat, soit à modifier substantiellement l'économie du contrat, la collectivité publique est tenue de refuser son autorisation.

En revanche, un avenant n'est pas nécessaire dans les cas suivants : reprise du contrat par l'administrateur judiciaire lorsque l'entreprise fait l'objet d'une procédure collective, changement n'affectant pas la forme juridique de l'entreprise mais sa raison sociale ou sa domiciliation, changement de la structure de l'entreprise n'entraînant pas la création d'une nouvelle personne morale (par exemple : transformation d'une SARL en SA). »

On peut cependant rencontrer pendant l'exécution du contrat des usages relativement anciens dans la formalisation des avenants : la présence de la clause de renonciation à tout recours dans le domaine des travaux²⁴, de même que l'avenant transactionnel et l'avenant-balai en fin de marché (avant la réception et au plus tard avant l'établissement du décompte général) notamment pour entériner les ordres de service émis au cours de l'exécution ou arrêter les prix définitifs en vue du règlement du prix des prestations supplémentaires ou modificatives.

Depuis les directives 2014/23/UE (concessions) 2014/24/UE (marchés publics des pouvoirs adjudicateurs) et 2014/25/UE (marchés des entités adjudicatrices) du 26 février 2014 et les textes ayant assuré leur transposition en droit interne²⁵, le vocable a changé : « modification du marché/contrat de

²⁴ Annexe II à l'arrêté du ministre de l'économie du 6 octobre 1994 fixant le modèle de rapport de présentation de projets de marchés et d'avenants.

²⁵ Ordonnances n° 2015-899 du 23 juillet 2015 et n° 2016-65 du 29 janvier 2016, et décrets du 1^{er} février 2016 et du 25 mars 2016.

concession » et la possibilité de modification du contrat se trouve être assouplie²⁶.

Ainsi, l'article L. 2194-1²⁷ du code de la commande publique distingue plusieurs hypothèses de modification du marché²⁸ sans qu'il soit nécessaire d'engager une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence :

1° *Les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ;*

2° *Des travaux, fournitures ou services supplémentaires sont devenus nécessaires ;*

3° *Les modifications sont rendues nécessaires par des circonstances imprévues ;*

4° *Un nouveau titulaire se substitue au titulaire initial du marché ;*

5° *Les modifications ne sont pas substantielles ;*

6° *Les modifications sont de faible montant.*

Qu'elles soient apportées par voie conventionnelle ou, lorsqu'il s'agit d'un contrat administratif, par l'acheteur unilatéralement, de telles modifications ne peuvent changer la nature globale du marché. »²⁹

Toutefois, certaines de ces hypothèses sont assorties de **limites** ; ainsi :

lorsque le marché est conclu par un **pouvoir adjudicateur**, le montant de la modification correspondant à des prestations supplémentaires devenues

²⁶ Il faut encore attendre la jurisprudence qui sera rendue sur les nouvelles hypothèses de modification du contrat.

²⁷ Article L. 3135-1 pour la modification du contrat de concession.

²⁸ Lorsque ces modifications ont une incidence financière, celle-ci doit s'entendre à la hausse comme à la baisse (par exemple, sur la réduction en importance de prestations : CJUE, 7 septembre 2016, *Finn Frogne A/S*, affaire C-549/14, point 29).

Sur des modifications non substantielles ou ne constituant « *pas une modification des conditions essentielles du marché initial de nature à constituer une nouvelle passation de marché* » (transfert de parts sociales entre la société mère et sa filiale, modifications/ajustement en réduction des prix du marché (à la suite d'une conversion en euros) en cours de validité, reformulation de la clause d'indexation prévue par le contrat de base) : CJCE, 19 juin 2008, *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, affaire C-454/06 (points 34, 35, 36 et 37).

²⁹ Le point 109 du préambule de la directive 2014/24 marchés publics du 26 février 2014 définit cette notion ainsi : « *en cas de modification altérant la nature de l'ensemble du marché, par exemple lorsque les travaux, fournitures ou services faisant l'objet du marché sont remplacés par une commande différente ou que le type de marché est fondamentalement modifié, puisque l'on peut, dans ce cas, présumer que cette modification serait de nature à influencer éventuellement sur l'issue du marché* ».

nécessaires ou de la modification rendue nécessaire par des circonstances imprévues ne peut être supérieur à **50 %** du montant du marché initial ;

le marché peut être modifié sur le fondement d'une modification de faible montant lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens et à :

10 % du montant du marché initial pour les **marchés de services et de fournitures**, *ou* **15 %** du montant du marché initial pour les **marchés de travaux**, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si les conditions d'une modification substantielle sont remplies. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, leur montant cumulé est pris en compte.

Enfin, suivant l'article L. 2195-6³⁰ « *L'acheteur peut résilier le marché lorsque l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions prévues au chapitre IV [Modification du marché] du présent titre. »*

³⁰ Article L. 3136-6 pour la résiliation du contrat de concession.

USAGES ET EXECUTION DU CONTRAT

Anna-Maria Smolinska
Docteure de l'Université Jean Moulin Lyon 3
Avocate au Barreau de Lyon

Il est désormais d'usage que les journées de la Chaire intègrent un temps riche et unique d'échanges entre les praticiens de la commande publique et les chercheurs intervenants dans ce domaine.

L'atelier consacré aux usages dans l'exécution des marchés publics a fait ressortir avec force l'aspect « pratique » du thème choisi tout en étant marqué par le souci constant des intervenants de revenir vers la notion de l'usage.

Ainsi, les interrogations et réflexions pratiques partagées ont également permis de faire émerger un consensus quant à l'appréhension de la notion même de l'usage. Les participants ont retenu la définition proposée par le Professeur Mousseron d'une pratique commune partagée et répétée, dotée d'une certaine normativité dont la sanction peut prendre plusieurs formes et, notamment celle d'ordre réputationnel.

La tentative était pourtant grande, au gré des échanges, de s'en éloigner et d'évoquer également des « pratiques » ou « politiques » pour lesquelles l'élément matériel de « l'usage » - pratique commune partagée – est bien présent. Ces « expériences » ont cependant à chaque fois été éloignées du débat, lorsque la normativité leur faisait défaut.

La difficulté d'identifier les vrais « usages » a apparu découler d'un double constat :

En premier lieu, les pratiques communes partagées ont un champ matériel qui ne regroupe pas toujours et pas nécessairement l'ensemble de communauté de la commande publique. S'il existe des usages partagés dans cette communauté, ils paraissent moins marqués que ceux partagés dans des communautés spécifiques telles que regroupant les acheteurs et les fournisseurs du domaine hospitalier ou encore ceux du segment de la construction (maîtres d'ouvrage, assistants, maîtres d'œuvre, constructeurs).

En second lieu, une forte tendance à formaliser les usages, notamment dans le cadre contractuel, rend difficile l'arbitrage sur ce qui relève encore de l'usage et ce qui n'en relèverait plus.

Trois thématiques ont émergé dans les discussions et permis d'identifier des pratiques partagées et des usages.

I. La modification des contrats en cours d'exécution

Les participants de l'atelier ont aisément partagé un premier constat concernant la modification des contrats en cours d'exécution : le régime prévu actuellement par les Directives et le Code de la commande publique paraît fortement inspiré des usages qui se sont développés antérieurement à la réforme des années 2014-2016.

En effet, le cadre posé par le Code des marchés publics était construit, succinctement sur une dichotomie entre d'une part les sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties et, d'autre part, les « autres cas ». Dans le premier cas la modification du contrat pouvait intervenir sans limite de montant, dans le second il ne fallait pas que l'avenant ou la décision de poursuivre bouleverse l'économie du marché¹.

La seconde catégorie, a ainsi donné lieu à des pratiques variées et à la naissance de ce qui, à l'époque, s'apparentait à la légende d'une modification « sécurisée » en dessous d'un certain pourcentage du montant initial du marché, sans que ce dernier ne soit clairement identifié.

Le cadre actuel, avec ses six hypothèses de modification, reprendrait donc les usages antérieurs, notamment en instaurant le cas des modifications dites « de faible montant »², mais pas uniquement.

Cette « codification » des usages a apporté plus de sécurité juridique et entraîné à son tour des usages nouveaux. Il en va ainsi de la justification du fondement juridique des modifications dans les actes (avenants ou décisions unilatérales), alors qu'il n'y a pas d'obligation de motiver ces actes ou décisions et que seules les modifications fondées sur les prestations supplémentaires devenues nécessaires³ et celles décidées dans le cas des circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir⁴ doivent faire l'objet de la publication

¹ CMP, art. 20.

² CCP, art. R.2194-8.

³ CCP, art. R.2194-2.

⁴ CCP, art. R.2194-5.

d'un avis de modification, lorsque le marché a été attribué selon une procédure formalisée⁵.

Le caractère modificatif de ce nouvel usage serait caractérisé par la sanction dont pourrait être frappée une modification juridiquement mal fondée, notamment dans le cadre d'un référé précontractuel⁶.

Le second constat – identification d'un second usage en la matière de la modification des marchés publics en cours d'exécution – est surtout issu du domaine des marchés publics de travaux.

L'usage consiste en une modification du marché sans qu'une décision unilatérale de l'acheteur ni un avenant viennent la formaliser directement, alors même que les textes font expressément référence à une formalisation « par voie conventionnelle » ou unilatéralement par l'acheteur⁷.

Quelques cas très concrets ont été évoqués, ayant comme point commun une régularisation, a posteriori, dans le cadre du décompte général du marché : la modification des métrés dans les marchés de travaux conclus à prix unitaires ou autres modifications formalisées uniquement par le VISA donné par le maître d'œuvre.

Des avis divergents ont cependant été exprimés sur la qualification de cette pratique.

D'autres pratiques liées à la modification des marchés en cours d'exécution n'ont pas reçu l'aval des participants pour être qualifiées des usages, leur caractère normatif étant très incertain. Parmi elles la pratique de « l'avenant balais » pour régulariser les modifications intervenues en cours d'exécution avant le solde et justifié par les contraintes comptables ; la pratique des décisions de poursuivre qui sont ensuite formalisées par avenant ou encore celle des fiches des travaux modificatifs (FTM).

II. Les pénalités

Les pénalités ont été le second thème qui a permis d'identifier d'assez nombreuses pratiques et quelques usages, au sens strict du terme.

⁵ CCP, art. R.2194-10.

⁶ CE, 16 mai 2022, SHAM, n°459408.

⁷ CCP, art. L.2194-1.

Dans cette dernière catégorie la question du quantum des pénalités paraît particulièrement pertinente avec les notions de préjudice, de caractère libératoire ou non et, bien évidemment, celle du plafonnement.

Il convient de relever que le caractère normatif des usages liés aux pénalités a été ardemment défendu par les participants à l'atelier. Le dénominateur commun de la « sanction » de ces usages serait certes surtout opérationnel et réputationnel mais non moins pertinent d'un point de vue des praticiens. En effet, en refusant les pratiques communes, telles que notamment impulsées par les derniers Cahiers des clauses administratives générales (CCAG), les acheteurs s'exposeraient à ne plus pouvoir pourvoir leurs marchés (défaut d'intérêt des opérateurs économiques) ou à payer un prix fort dans le cadre de la provision pour risque que pratiquent les opérateurs économiques.

Bien que les pratiques soient encore variables, le plafonnement des pénalités pour retard, pourtant non obligatoire compte tenu de la nature contractuelle des CCAG, semble être un usage, au moins en cours de constitution.

III. La sous-traitance

Dernier dans l'ordre mais non dans l'importance, le sujet de la sous-traitance a permis d'aborder le sujet délicat du paiement direct et d'un usage *contra legem* puisque consistant à ne pas appliquer les dispositions relatives au paiement direct des sous-traitant, ayant pourtant un caractère d'ordre public. La loi prévoit en effet que « toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite »⁸.

Cette pratique semble, de manière probablement involontaire, avoir été encouragée par la jurisprudence du Conseil d'État. Ce dernier a en effet limité la zone de risque des maîtres d'ouvrage en prévoyant une extension de la créance du sous-traitant sur le maître d'ouvrage à hauteur des paiements perçus par le sous-traitant auprès du titulaire du marché :

« Le sous-traitant agréé dispose d'un droit au paiement direct par le maître d'ouvrage, celles-ci ne font pas obstacle à ce que le paiement de ce sous-traitant soit directement effectué par le titulaire du marché, éteignant ainsi à due concurrence la créance du sous-traitant sur le maître d'ouvrage »⁹.

⁸ CCP, art. L.2193-11.

⁹ CE, 23 mai 2011 Société Lamy et Société Pitance, n° 338780, voire également CE, 3 novembre 1989, SA Jean-Michel, n° 54778.

La modification de la loi pour tenir compte de cet usage a été, un temps, envisagée¹⁰, mais, après le passage en commission des lois, semble abandonné, pourtant la pratique (dangereuse pour les maîtres d'ouvrage malgré la jurisprudence précitée) demeurerait.

La synthèse de l'atelier serait, enfin, incomplète s'il n'était pas souligné que la référence aux CCAG a transcendé tout le débat mettant ainsi en évidence que l'emploi de ces cahiers des clauses dans la majeure partie des marchés publics constitue lui-même un – en peut-être le premier – des usages en la matière.

La portée « quasi normative » de ces outils découle tant de la conviction dans les esprits des acteurs de la commande publique que de la place particulière que les CCAG occupent dans la jurisprudence administrative.

¹⁰ Projet de loi de simplification de la vie économique.

USAGES ET FIN DE CONTRAT EN DROIT PRIVE

Aurélie Brès
Maître de conférences de droit privé
à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier
Membre de l'Institut des usages

Les usages en matière contractuelle sont tout aussi nombreux qu'en dehors du cadre contractuel mais ils présentent l'effet remarquable de compléter ou moduler les prévisions des parties même lorsque celles-ci n'y ont pas fait référence. Si le juriste de Droit privé n'est pas le mieux placé pour identifier les usages dans la commande publique, l'évocation des effets que les usages peuvent avoir dans les contrats privés peut renseigner sur le rôle que de ces pratiques constantes sont susceptibles de jouer à la fin d'une relation contractuelle.

Les usages en fin de contrat peuvent concerner l'octroi ou le *quantum* d'indemnités. Le montant de l'indemnité due à l'agent commercial en cas de cessation du contrat¹, par exemple, est généralement déterminé conformément aux usages, qui consistent à attribuer à l'agent deux années de commissions sur la moyenne des trois dernières années d'exécution du contrat². Les usages peuvent encore être relatifs à la durée post-contractuelle d'un droit à commission, tel le droit du VRP aux « commissions de retour sur échantillonnage » en cas de rupture de son contrat de travail, quelles qu'en soient la cause³. Ces commissions sont dues sur les ordres d'achat qui sont la suite directe des diligences que le VRP a accomplies avant l'expiration du contrat, mais qui sont transmis par les clients après la cessation du contrat. Selon l'article L. 7313-12 c. trav., « sauf clause contractuelle plus favorable VRP, le droit à commissions est apprécié en fonction de la durée normale consacrée par les usages », et la durée usuelle de ce droit à commissions est de trois mois dans de nombreuses branches professionnelles, sans pouvoir excéder trois ans⁴. De tels usages ne seront cependant pas évoqués dans la mesure où

¹ Article L. 134-12 c. com.

² CA Aix-en-Provence, 6 avr. 2023 n° 19/17803 ; CA Rouen, 30 mars 2023, n°22/00228 ; CA Toulouse, 20 juill. 2022, n° 17/05263.

³ Article L. 7313-11 c. trav.

⁴ CA Paris, 20 mai 2020, n° 17/08641 ; CA Riom, 23 nov. 2010, n° 09/02975 ; 25 sept. 2012, n° 11/00454.

ils se rapportent à des contrats qui ne sont pas susceptibles d'être conclus par des personnes soumises à la commande publique.

La question de la fin du contrat évoque celle des modes de règlement des différends pouvant survenir en fin de contrat ou pouvant conduire à la résolution du contrat. A cet égard, les différends peuvent être réglés par des juridictions coutumières, telles les prud'homies de pêches méditerranéennes, qui assurent le respect des usages relatifs à l'exploitation des ressources halieutiques et tranchent les litiges qui peuvent survenir entre les pêcheurs⁵. Il peut aussi être d'usage d'insérer une clause attributive de juridiction, comme au sein des connaissements dans le transport maritime international, lesquels attribuent généralement compétence aux tribunaux dans le ressort desquels se trouve le siège social du transporteur.

La question des litiges n'étant pas spécifique à la fin du contrat, l'étude envisagera cependant plutôt les usages propres aux modalités de cessation des relations contractuelles, ou relatifs aux conséquences et suites de l'expiration du contrat. Dans ce cadre, les usages déploient deux effets principaux⁶. Sources de prérogatives, ils sont dotés d'un effet créateur en fin de contrat (I). L'effet évaluateur des usages (II) se manifeste également en fin de contrat.

I. L'effet créateur des usages en fin de contrat

Les usages contribuent à la définition du contenu du contrat au-delà des seules stipulations des parties. La considération des usages conduit à compléter les prévisions contractuelles, voire à les corriger. L'article 1194 du Code civil confère lui-même un tel rôle aux usages dès lors qu'il dispose que « Les contrats obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que leur donnent l'équité, l'usage ou la loi ». Ce rôle créateur des usages peut être constaté au stade de la cessation du contrat, aussi bien concernant les obligations pécuniaires que les obligations non pécuniaires susceptibles de prendre effet lors de la cessation d'un contrat.

⁵ N. Pehau, *Prud'homies et droit des ressources de la mer : de la corporation à la communauté de pêche*, Droit Maritime Français, 1er déc. 2005, n° 665, p. 1060 s. ; E. Templier, *Prud'homies de pêche de Méditerranée française*, L'Encre de mer, 2013 ; *La gestion collective des droits d'usage par les prud'homies méditerranéennes de patrons pêcheurs, un modèle pour l'avenir*, Entreprendre en Communs, L'encre de mer, 2018.

⁶ Sur les effets des usages, v. P. Mousseron, *Droit des usages*, 2^e éd., 2023, p. 226 s. V. aussi du même auteur : *Les usages en Droit de l'entreprise*, dir. P. Mousseron, LexisNexis, Actualités de Droit de l'entreprise, oct. 2010 ; *Les usages : l'autre Droit de l'entreprise*, dir. P. Mousseron, LexisNexis 2014.

A. Quant aux obligations non pécuniaires

Les usages peuvent d'abord conduire à mettre à la charge d'une personne une obligation d'information relativement à la cessation d'un contrat. Les usages peuvent par exemple imposer à un sujet de droit d'informer une personne avec laquelle il est en relations de la cessation d'un contrat passé avec un tiers. Tel est le cas par exemple des usages du courtage d'assurance⁷, qui s'appliquent dans le cadre des relations nouées entre les entreprises d'assurances et les courtiers et qui sont observés de manière généralisée depuis plus d'un siècle. Ces usages professionnels ont été constatés dans deux documents, le premier, la Constatation des Usages du Courtage d'Assurances Terrestres, rapportant les usages dits parisiens, et l'autre, l'Accord sur les usages lyonnais du courtage, reprenant des usages similaires mais qui présentent quelques spécificités. Les tribunaux considèrent généralement que ces usages s'appliquent dès que les conditions objectives de leur application sont réunies, et ils en sanctionnent la méconnaissance. Ces usages mettent notamment un devoir d'information à la charge de l'entreprise d'assurances, tant lors de la conclusion de la police apportée par le courtier, qu'au cours de son exécution ou à l'occasion de sa résiliation par l'assuré. Ainsi, selon l'usage parisien n° 9, « Six mois au moins avant la date de l'expiration d'une police, la Compagnie [doit] avise[r] le courtier de cette expiration », tandis que « Dans tous les cas où la police est dénoncée par l'assuré pour sa prochaine échéance, la Compagnie en avise sans délai le courtier créateur. Toute Compagnie d'assurance qui résilie une police de son propre chef, pour quelque cause que ce soit, ou en reçoit dénonciation de l'assuré, [doit] averti[r] sans délai le courtier créateur ».

De telles questions peuvent se poser dans le cadre d'une commande publique puisque selon une circulaire du 18 décembre 2001 relative à la passation des marchés publics de services d'assurance⁸, l'acheteur public peut, s'il le souhaite, se faire assister d'un conseil, notamment d'un courtier d'assurance, pour l'élaboration du programme et du cahier des charges de l'opération d'assurance, la mise en concurrence, l'analyse des offres, la négociation et le suivi du contrat.

Les usages peuvent encore être à l'origine d'une dispense d'exécution, conduisant à écarter l'exigibilité d'une obligation prenant normalement effet en fin de contrat, comme l'illustre un arrêt⁹. Dans cette affaire, un dépositaire de presse avait assuré la diffusion d'une revue éditée par un éditeur de presse avant

⁷ <https://institutdesusages.com/constatation-usages-courtage-dassurances-terrestres-usages-parisiens>.

⁸ JORF n°28 du 2 février 2002.

⁹ Com, 2 nov. 2011, n° 10-25518.

de rompre le contrat en raison d'un différend. Le dépositaire de presse ayant détruit les exemplaires non vendus de la revue, au lieu de les restituer à l'éditeur, ce dernier sollicitait sa condamnation au paiement du prix de ces exemplaires. Le dépositaire faisait valoir quant à lui que la destruction des invendus constituait une pratique habituelle consacrée par la loi lorsque les relations sont nouées entre éditeur et coopérative de distribution. La cour d'appel avait cependant fait droit à la demande en paiement, au motif que l'accord liant les parties ne relevait pas de la loi du 2 avril 1947 relative au statut des entreprises de groupage de distribution de journaux¹⁰ car il s'agissait d'un accord direct de distribution, et non d'une relation entre éditeur et coopérative de distribution. Selon les juges, le dépositaire devait donc soit restituer les invendus contre remboursement, soit en payer le prix. L'arrêt a été cassé par la chambre commerciale de la Cour de cassation, qui a estimé que la cour d'appel a privé sa décision de base légale en négligeant de rechercher si la destruction des exemplaires invendus n'était pas légitime au regard des usages régissant les relations directes de distribution. L'obligation de restitution pesant sur le dépositaire pourrait donc s'effacer devant un usage consistant à détruire les invendus, même non consacré par la loi.

Les usages pourraient enfin consister dans l'observation de procédures particulières à l'occasion d'opérations de réception en fin de contrat.

B. Quant aux obligations pécuniaires

Les usages peuvent également fonder la naissance ou le maintien de créances pécuniaires en fin de contrat.

L'observation des usages peut ainsi commander de maintenir un droit à commission après la cessation du contrat ou de verser une indemnisation au cocontractant. En matière de courtage d'assurances, selon l'usage n° 3, l'assuré peut changer de courtier en cours d'exécution du contrat d'assurance et confier la gestion du contrat à un nouveau courtier, mais le transfert du droit à commission de l'ancien courtier au nouveau courtier est subordonné à la dénonciation régulière de la première police par l'assuré, de sorte que l'ancien courtier continue de percevoir les commissions tant qu'il n'y a pas de réalisation de la police¹¹.

¹⁰ Loi n° 47-585 du 2 avril 1947 relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques.

¹¹ « Lorsque le remplacement est accordé à un nouveau courtier porteur d'un ordre de remplacement non accompagné d'une dénonciation régulière de la police à remplacer, le courtier créateur conserve son droit à la commission sur toutes les primes du nouveau contrat à concurrence du chiffre de celles qu'il a apportées ».

Des usages professionnels, voire des usages d'entreprise, peuvent aussi asseoir un droit à une indemnité de cessation de contrat, ou encore une indemnité compensatrice de préavis, comme le montrent certaines décisions. Dans une affaire¹², un médecin anesthésiste avait exercé son activité à titre libéral au sein d'une clinique, sans contrat écrit, pendant neuf ans. Il avait par la suite pris acte de la rupture de son contrat par la clinique, laquelle avait été placée peu de temps après en liquidation judiciaire. Le liquidateur avait refusé d'admettre au passif l'indemnité contractuelle de rupture dont se prévalait le médecin, qui faisait valoir devant les juges que le versement d'une indemnité de rupture aux chirurgiens correspondait à un usage établi au sein de la clinique ou à un usage professionnel. La demande du médecin avait été rejetée en appel, au motif que le contrat n'était pas écrit et qu'il n'était pas possible d'inférer des contrats d'exercice libéraux conclus entre la clinique et d'autres praticiens, exerçant dans d'autres spécialités, que les parties au litige avaient eu la commune intention de prévoir une indemnité de rupture à des conditions et montant similaires. L'arrêt d'appel a cependant été cassé pour défaut de base légale au visa de l'article 1135 ancien du Code civil, qui disposait que « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature »¹³. La première chambre civile a en effet reproché aux juges de ne pas avoir recherché, comme il le leur était demandé, si le versement d'une indemnité de rupture aux chirurgiens, en cas de rupture par la clinique, ne correspondait pas à un usage établi au sein de la clinique ou à un usage professionnel. Bien qu'il se soit agi en l'espèce d'une clinique, des questions similaires pourraient sans doute intéresser les établissements publics de santé puisque les médecins qui y exercent leur activité peuvent avoir, outre le statut de praticien hospitalier, le statut de praticien contractuel, d'assistant des hôpitaux, praticien associé ou y exercer à titre libéral¹⁴.

Dans une autre affaire¹⁵, un architecte avait assigné des clients en paiement d'un solde d'honoraire et d'une indemnité de résiliation. Les juges avaient relevé l'absence d'indemnité contractuelle de résiliation faute de contrat écrit signé entre les parties, mais avaient estimé qu'il convenait toutefois de se référer aux usages en la matière. Bien que les juges aient finalement refusé de faire droit à la demande au motif que la rupture du contrat était consécutive aux

¹² Civ. 1^{re} 11 mai 2022, n° 20-21297.

¹³ Le nouvel article 1194 du Code civil a repris cette rédaction, en supprimant la référence à la nature de l'obligation.

¹⁴ Décret n° 2022-135 du 5 février 2022.

¹⁵ CA Versailles, 19 mars 2013, n°12/01864.

manquements de l'architecte, cet arrêt montre encore que les usages peuvent fonder le versement d'une indemnité de fin de contrat.

Une approche similaire a été retenue au sujet d'une indemnité compensatrice de préavis, réclamée par un médecin qui s'était vu notifier la résiliation du contrat verbal à durée indéterminée qui le liait à la maison de retraite au sein de laquelle il exerçait. Les juges ont en effet reproché à la cour d'appel de ne pas avoir recherché, comme elle y était invitée, si une indemnité compensatrice de préavis n'était pas due « conformément aux usages de la profession »¹⁶.

L'effet des usages en fin de contrat ne se limite cependant pas à la création d'obligations prenant effet lors de la cessation du contrat ou persistant après celle-ci. En tant que normes de comportements, les usages servent également de référence dans cette période à des fins d'évaluation.

II. L'effet évaluateur des usages en fin de contrat

Les usages ont souvent un effet évaluateur, notamment en matière contractuelle, qu'il s'agisse de déterminer la valeur locative d'un local commercial ou d'apprécier si le montant d'une pénalité présente un caractère manifestement excessif. Cet effet évaluateur se manifeste encore au moment de la cessation des relations contractuelles. Les usages permettent ainsi d'évaluer aussi bien certaines durées contractuelles que le montant de sommes devant être acquittées en fin de contrat.

A. L'évaluation temporelle

Les usages peuvent d'abord être pris en compte pour définir la durée du contrat lui-même. Ainsi le Droit du travail connaît la notion de CDD d'usage¹⁷, qui désigne des contrats pour lesquels il d'usage constant de ne pas recourir au contrat à durée indéterminée en raison du caractère par nature temporaire de l'emploi concerné. L'usage invoqué doit être constant, ancien, établi et admis comme tel dans la profession. La succession de CDD d'usage n'entraîne pas la requalification de ces derniers en CDI, à la différence de CDD ordinaires, qui ne peuvent avoir pour objet de pourvoir durablement un emploi lié à l'activité normale et permanente de l'entreprise¹⁸. Cette question intéresse les personnes publiques, notamment une commune qui avait conclu cent quatre-vingt-onze CDD sur huit ans avec un musicien chargé de participer aux représentations

¹⁶ Civ. 1^{re}, 6 mars 2001, n° 98-20540.

¹⁷ Article L. 1242-2, 3° c. trav.

¹⁸ Article L. 1244-3 c. trav.

données par l'orchestre symphonique de la ville, ce qui a donné l'occasion à la chambre sociale de la Cour de cassation de préciser que le salarié pouvait se prévaloir de l'irrégularité des CDD qu'il avait conclus avec la commune au regard des dispositions impératives du Code du travail¹⁹.

Il peut également exister des usages relatifs aux modalités de renouvellement ou de prorogation d'un contrat. Ainsi, dans une affaire²⁰, les juges ont reconnu l'existence d'un usage dans le BTP, consistant à prolonger la durée de la location de matériels et d'engins de chantier de manière informelle, de sorte qu'ils ont fait droit à la demande en paiement formée par un loueur contre un client qui avait conservé le matériel plus longtemps²¹.

Les pratiques observées de manière constante dans un secteur d'activité ou dans une zone géographique lors de la cessation d'une relation contractuelle servent par ailleurs fréquemment de critère lorsqu'il s'agit de déterminer quel délai de préavis il convient ou convenait de respecter lors de la résiliation d'un contrat particulier.

La loi elle-même invite souvent à s'y référer. Des textes spéciaux renvoient ainsi aux usages pour la détermination du délai de préavis adéquat, tels l'article L. 417-2 du Code rural, qui dispose que « Le bail à métayage est résiliable tous les trois ans à la volonté du preneur qui doit donner préavis dans les délais conformes aux usages locaux avant l'expiration de chaque période triennale ». De même, selon l'article L. 1234-1 c. trav. « Lorsque le licenciement n'est pas motivé par une faute grave, le salarié licencié a droit à un préavis dont la durée est déterminée par la loi, la convention ou l'accord collectif de travail ou, à défaut, par les usages pratiqués dans la localité et la profession », s'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus inférieure à six mois, et à des délais fixés par la loi en présence d'une ancienneté plus grande, sauf « si la loi, la convention ou l'accord collectif de travail, le contrat de travail ou les usages ne prévoient pas un préavis ou une condition d'ancienneté de services plus favorable pour le salarié ». Les textes comportent une référence similaire aux usages aux fins de détermination du préavis en cas de démission.

Plus généralement, l'article L. 442-1, II c. com. invite à prendre en compte les usages dans la détermination de la durée du préavis devant être respecté à l'occasion de la rupture d'une relation commerciale établie. L'article sanctionne

¹⁹ Soc., 15 janv. 2020, n° 18-16.399.

²⁰ CA Rennes, 8 févr. 2022, n° 19/04737.

²¹ Même si le loueur n'était pas en mesure de produire un contrat formalisant la poursuite des relations, il avançait d'autres éléments démontrant la conservation du matériel.

en effet la rupture brutale d'une telle relation, définie comme celle qui intervient « en l'absence d'un préavis écrit qui tienne compte notamment de la durée de la relation commerciale, en référence aux usages du commerce ou aux accords interprofessionnels ». La notion de relation établie est propre au Droit des pratiques restrictives de concurrence et ne se confond pas avec celle de relation contractuelle, en ce sens qu'elle peut résulter d'une succession d'accords poursuivant un objectif commun ou d'un simple courant d'affaires. Pour retenir ou écarter la brutalité de la rupture, les juges se sont ainsi déjà référés aux usages du secteur de la mode et de l'habillement, du secteur viticole, de l'imprimerie²², de la pension de chevaux²³, du bâtiment²⁴, par exemple. Il est en outre fréquent que les juges se réfèrent aux usages pour déterminer la durée du préavis de rupture devant être accordé à un médecin en cas de résiliation du contrat le liant à un établissement de santé. Le plus souvent, il est renvoyé aux usages professionnels mais les usages invoqués sont parfois plus spécifiques.

Dans une affaire²⁵, les juges ont estimé qu'en l'absence d'écrit, l'exercice prolongé d'un médecin au sein d'un établissement privé constituait une convention verbale soumise aux principes généraux du Droit des contrats, pouvant donc faire application des usages, et ils ont fait prévaloir les usages propres à l'établissement de santé relativement aux délais de préavis de rupture, sur le modèle de contrat de l'Ordre des médecins. En effet, selon les juges, si le modèle ordinal constituait également une référence d'usage, un usage ancien, constant et connu des praticiens au sein d'un établissement devait nécessairement primer ce modèle. La primauté ainsi reconnue à l'usage interne à l'établissement est d'autant plus remarquable que celui-ci consistait à accorder un délai de préavis de six mois en cas de résiliation d'un contrat d'exercice libéral, soit un délai beaucoup plus court que celui prévu par le modèle de l'Ordre des médecins, qui retenait quant à lui un délai de préavis de deux ans en présence de relations contractuelles de plus de quinze ans.

Dans une autre espèce²⁶, des anesthésistes avaient conclu un contrat d'association avec une clinique, prévoyant que celle-ci devrait leur verser une indemnité de deux ans d'honoraires si elle mettait fin au contrat, à condition qu'ils aient exercé au sein de l'établissement pendant plus de 10 ans. Les anesthésistes s'engageaient quant à eux à toujours conserver un nombre déterminé d'actions au sein de la SA de la clinique, le contrat d'association stipulant qu'il deviendrait automatiquement caduc dans le cas contraire, sans

²² CA Paris, 1^{er} mars 2023, n°21/01323 ; Com. 24 oct. 2018, n° 17/16011.

²³ CA Besançon, 9 mai 2017, n° 16/00371.

²⁴ CA Paris, 1^{er} déc. 2016, n° 14/02192.

²⁵ CA Bordeaux, 28 févr. 2019.

²⁶ CA Dijon, 5 janv. 2017.

que les médecins puissent demander une quelconque indemnité à la clinique pour quelque raison que ce soit. Les médecins finissent cependant par céder leur participation dans la SA. Par la suite, la clinique ayant mis fin au contrat d'association, les anesthésistes réclament l'indemnité de rupture prévue par ce dernier.

Les juges ont cependant refusé de faire droit à leur demande parce que le contrat d'association était devenu caduc lorsque les médecins ont cédé leurs actions. Ils ont estimé qu'après cette cession, les relations se sont poursuivies sous la forme d'une convention verbale d'une durée indéterminée, ne comportant pas un tel droit à indemnisation. Ils ont en revanche accordé une indemnisation pour défaut de préavis, en application du contrat type préconisé par l'Ordre des médecins qui « correspond aux usages de la profession en cas d'ancienneté d'exercice de 14 ans ». L'évaluation du préavis se fait donc conformément aux usages, qui demeurent applicables sur la période d'association contractuelle, après la caducité du contrat d'association.

L'exigence d'un préavis conforme aux usages doit alerter même le juriste de Droit public car elle s'impose également aux personnes soumises à la commande publique dans certaines de leurs relations.

Le Conseil constitutionnel avait ainsi estimé, s'agissant de l'article L. 442-6 ancien c. com., qu'en définissant « l'auteur » passible de sanctions, « le législateur se référait à des activités économiques, quelles que soient les formes juridiques sous lesquelles elles s'exercent »²⁷, et aujourd'hui, le nouvel article L. 442-1, II c. com. étend son champ d'application à « toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services ». La Cour de cassation a quant à elle considéré que le texte pouvait être mis en œuvre quel que soit le statut juridique de la victime²⁸.

Ainsi, la commercialité au sens de ce texte est plus étendue que celle découlant de la définition des actes de commerce par les articles L. 110-1 et 2 du même code et elle couvre toute fourniture d'une prestation de service ou d'un produit, le texte concernant toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes soumises à la commande publique.

²⁷ Cons. const. QPC, 18 mai 2016, n° 2016-542.

²⁸ Com., 6 févr. 2007, n° 03-20.463.

Le texte a été jugé applicable à un établissement public²⁹, à un délégataire de service public³⁰ ou à l'adjudicataire d'un marché public, l'adjudicataire du marché de l'hébergement temporaire du département de Seine Saint Denis³¹.

Ainsi, dans un arrêt du 3 juillet 2024³² statuant sur l'application de l'article L. 442-1, I, 5° ancien, la cour d'appel de Paris a appliqué le texte à une relation portant sur une activité d'intérêt général entre un établissement public et un éco-organisme. Dans cette affaire, un éco-organisme avait pris en charge la collecte des déchets diffus spécifiques déposés dans les déchetteries gérées par un établissement public de coopération locale, chargé par les collectivités territoriales qui en sont membres d'exécuter pour leur compte leur mission de service public de collecte et de traitement des déchets ménagers. Les relations avaient pris fin concomitamment à l'expiration de l'agrément de l'éco-organisme, et l'établissement public avait recherché la responsabilité de ce dernier pour rupture brutale de relation commerciale établie. Il soutenait que les relations étaient de nature commerciale dès lors qu'il intervenait en qualité de prestataire de l'éco-organisme en mettant à sa disposition les déchetteries et lui fournissait une prestation de services, peu important qu'il y ait, ou non, un bénéfice à l'occasion de cette fourniture de prestations de services. Il faisait valoir que la convention qui les liait était une convention de droit privé portant sur un objet industriel et commercial, à savoir la collecte et le traitement des déchets diffus spécifiques, peu important que cette activité serve un intérêt général, et arguait que le statut de la victime de la rupture brutale était indifférent au sens de l'article L. 442-6, I, 5° ancien du code de commerce.

La cour a effectivement estimé que seule comptait la nature de l'activité des parties, le régime ou le statut juridique de celle qui se prétend victime de la rupture, comme le caractère non lucratif de son activité, étant indifférents³³. Elle a cependant écarté l'application du texte car le contrat type conclu entre les parties renvoyait aux dispositions d'un arrêté imposant un agrément pour la gestion des déchets diffus spécifiques ménagers et prévoyait que le non-renouvellement de l'agrément mettait fin de plein droit à la convention. L'établissement public ne pouvait dès lors imputer la rupture à l'éco-organisme puisque celle-ci était exclusivement fondée sur la contrainte extérieure objective et insurmontable que constituait le non-renouvellement de son agrément.

²⁹ Com., 20 nov. 2019, n° 18-11966.

³⁰ A savoir la Fédération Française de Rugby dans ses relations avec une agence de voyages : CA Paris, 24 sept. 2021, n° 18/02209.

³¹ CA Paris, 24 avr. 2024, n° 21/16864.

³² CA Paris, 3 juill. 2024, n° 22/17770.

³³ En ce sens, v. aussi Com. 6 févr. 2007, n° 03-20.463, et 14 sept. 2010, n° 09-14.322.

L'arrêt démontre en tout cas l'intérêt, pour les personnes soumises à la commande publique, de bien appréhender les questions de rupture brutale, dans le cadre desquelles des usages peuvent être invoqués. Les personnes soumises à la commande publique sont susceptibles de subir une rupture brutale, et même d'en être l'auteur, lorsque le contrat ne relève pas de la compétence des juridictions administratives en tant que contrat administratif. Le risque existe en particulier dans le cadre des marchés passés sans mise en concurrence préalable en raison de leur faible montant ou d'une situation juridique particulière, mais le recours à un appel d'offres ne l'exclut pas complètement, notamment en cas de résiliation du contrat.

L'évaluation temporelle peut enfin porter sur la durée d'obligations post-contractuelles. La licéité d'obligations de non-concurrence post-contractuelles a par exemple déjà été appréciée en comparant la durée contractuellement prévue à la durée usuelle de ce type d'engagement pour une activité identique dans un secteur d'activité donné³⁴. La référence aux usages se fait dans ce cas sans sollicitation de la loi.

B. L'évaluation pécuniaire

Parce qu'ils reflètent les pratiques habituellement suivies, les usages se présentent comme une norme d'évaluation à laquelle il est possible de se référer pour déterminer ou apprécier le montant de sommes dues à la cessation d'un contrat. Il existe ainsi fréquemment des critères ou des modes de calcul usuels permettant d'établir le montant de certaines indemnités ou contreparties. La conformité aux usages constitue en principe un gage de normalité dans l'appréciation de l'adéquation ou de la proportionnalité des sommes demandées par une partie lorsque celles-ci ont déjà été liquidées.

Il est par exemple fait appel aux usages pour déterminer le montant de l'indemnité d'éviction due au preneur d'un bail commercial par le bailleur qui en refuse le renouvellement, en l'absence de motif grave et légitime.

L'article L.145-14 c. com. invite d'ailleurs à se référer aux usages puisqu'il dispose que l'indemnité d'éviction « comprend notamment la valeur marchande du fonds de commerce, déterminée suivant les usages de la profession ». Sauf circonstances particulières, les juges écartent les méthodes de calcul qui ne correspondent pas à l'une des trois méthodes usuelles d'évaluation des indemnités d'éviction, soit l'estimation sur la base d'un pourcentage du chiffre d'affaires moyen réalisé sur les trois dernières années, soit le calcul de l'excédent brut d'exploitation retraité (EBE), soit la détermination de la valeur

³⁴ Soc. 17 nov. 2015, n° 14-17920 ; Civ. 16 oct. 2013, n° 12-23333.

du droit au bail, par calcul de la différence entre le loyer qui aurait été appliqué en cas de renouvellement du bail et la valeur locative du marché. Lorsque les locaux objet du bail commercial étaient utilisés dans le cadre d'une exploitation hôtelière, cette valeur locative est elle-même évaluée selon la méthode usuelle dite « méthode hôtelière »³⁵.

Les juges se réfèrent encore aux usages pour l'évaluation des indemnités accessoires, comme l'indemnité pour frais de emploi, qui est destinée à permettre au locataire évincé de faire face aux frais qu'il devra déboursier à l'occasion de l'achat d'un fonds d'une valeur équivalente à celui dont il est évincé, l'usage étant que cette indemnité représente du 10% du montant de l'indemnité principale³⁶. Concernant l'indemnité pour trouble commercial, qui est destinée à réparer le préjudice subi par le preneur pendant le laps de temps nécessaire à l'acquisition d'un nouveau fonds, il est d'usage de retenir 3 mois d'excédent brut d'exploitation³⁷ ou 15 jours de chiffre d'affaires, ou encore d'apprécier le trouble subi sur la base d'un mois de masse salariale. Il est ainsi fait référence aux usages pour la détermination de toutes les composantes de l'indemnité d'éviction à laquelle a droit le preneur. Cette question peut intéresser les personnes publiques amenées à verser une indemnité d'éviction au preneur commercial à la suite d'une expropriation portant sur le local commercial dans lequel il exerçait son activité, mais intéresse moins la commande publique.

En cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie, le préjudice indemnisé correspond généralement à la marge brute perdue sur le temps de préavis défaillant, cette marge brute étant calculée par référence à la moyenne du chiffre d'affaires dégagé par la relation sur les trois dernières années, sauf dans certains secteurs d'activité où s'appliquent des usages spéciaux.

Le contenu de l'usage est alors parfois précisé au sein de codes d'usages regroupant et formalisant des usages professionnels. L'article 204 des usages professionnels du secteur de l'imprimerie précise ainsi qu'à défaut de préavis, l'éditeur qui retire un périodique à un industriel graphique, ou l'industriel graphique qui cesse d'exécuter le travail d'un éditeur de périodiques, doit une indemnité égale à 8 % du chiffre d'affaires qui aurait été réalisé entre cet industriel graphique et cet éditeur pour la période qui aurait dû être celle du préavis.

³⁵ P. Mousseron, *Un usage : la méthode hôtelière*, RJCom, janv.-févr. 2018, p. 112.

³⁶ CA Douai, 23 oct.2018, n° 16/20771 ; CA Paris, 7 nov. 2018, n° 16/05417 - 27 nov. 2019, n° 17/22897.

³⁷ CA Paris, 7 nov. 2018, n° 17/09152.

Il est encore fait référence aux usages pour apprécier le montant de la contrepartie d'obligations de non-concurrence post-contractuelles, qu'il s'agisse des usages d'une profession, d'un secteur d'activité, ou même des usages propres à un groupe de sociétés ou une entreprise. La chambre sociale de la Cour de cassation a ainsi approuvé une cour d'appel qui avait annulé une clause de non-concurrence post-contractuelle stipulée dans le contrat de travail d'un dirigeant salarié, au motif que cette clause n'avait en réalité pas pour objet d'assurer une réelle protection de l'entreprise contre la concurrence, mais de faire bénéficier immédiatement le dirigeant d'une somme particulièrement importante en cas de rupture de son contrat de travail quelles qu'en soient les conditions³⁸. La cour d'appel s'était fondée sur le fait que le montant de la contrepartie de l'obligation de non-concurrence était complètement disproportionné non seulement au regard du très faible périmètre de la zone protégée mais aussi au regard des usages habituels du groupe en la matière. La clause prévoyait en effet le versement en une seule fois d'une indemnité représentant 24 mois de salaires pour une obligation de non-concurrence d'une durée de 24 mois à l'étendue géographique limitée aux arrondissements de Calais, Boulogne et Dunkerque, alors que les clauses de non-concurrence conclues habituellement avec les salariés des entreprises du groupe prévoyaient une indemnité mensuelle d'1/6ème du salaire mensuel, pour une interdiction d'exercer portant non pas sur 3 villes mais sur 6 voire sur 8 départements.

Les usages constituent enfin une référence permettant d'apprécier le caractère manifestement excessif d'une clause pénale ayant vocation à jouer en cas de résolution d'un contrat pour inexécution³⁹. Les juges font ainsi droit aux demandes en modération lorsque le montant prévu s'écarte notablement des usages⁴⁰, et les rejettent lorsqu'il est conforme aux usages⁴¹. Or, le Conseil d'Etat a considéré qu'il était loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché public⁴², en l'occurrence un marché à bons de commande portant sur le remplacement des menuiseries extérieures de ses résidences.

Les usages relatifs à la fin du contrat en Droit privé sont ainsi tout aussi nombreux que ceux qui concernent la formation ou l'exécution du contrat. Ils

³⁸ Com, 19 nov. 2013, n° 12-26404.

³⁹ A. Brès, *Effet des usages en matière de clause pénale*, JCP E 2018, n° 19.

⁴⁰ CA Angers, 7 avr. 2015, n° 13/00690.

⁴¹ CA Bourges, 10 mars 2016, n° 15/00490.

⁴² CE, 29 déc. 2008, OPHLM de Puteaux c/ Société Serbois, n° 296930.

présentent la spécificité d'avoir dans l'ensemble un champ d'application plus large et d'être davantage visés par les textes. Ils sont dans tous les cas généralement dotés d'une forte autorité.

LES USAGES ET LA FIN DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Mathias Amilhat

*Maître de conférences à l'Université Toulouse Capitole – HDR
(IEJUC EA1919)*

Les usages ont-ils leur en place lorsqu'il est question de la « fin » des contrats de la commande publique ? Avant de répondre à cette question, il est nécessaire de revenir sur ce que recoupe cette phase dite de « fin » du contrat alors que, généralement, ce sont davantage les questions de passation et d'exécution qui interrogent.

De manière classique, l'étude de la fin des contrats administratifs consiste à la fois « à rechercher quelles sont les causes d'extinction des contrats » mais aussi « quelles sont les conséquences de cette extinction, en particulier de quelle manière est opérée la liquidation de la situation contractuelle éteinte »¹. Du point de vue des causes, il est courant de distinguer la fin « normale » de la fin « anticipée »².

La première est dite normale car elle correspond à l'hypothèse où les parties ont exécuté l'ensemble des obligations qui leur incombaient en application du contrat. Elle peut résulter « soit de la réalisation de l'objet du contrat, soit de l'expiration de sa durée »³. Les auteurs du *Traité des contrats administratifs* y classaient également la caducité du contrat⁴. Néanmoins, celle-ci semble davantage correspondre à une hypothèse de fin anticipée, quand bien même elle résulterait de la mise en œuvre des clauses du contrat⁵. En effet, la fin anticipée renvoie aux différentes hypothèses dans lesquelles il est mis fin au contrat de manière prématurée, avant l'arrivée du terme ou la réalisation de l'objet du contrat. Elle peut résulter d'un accord des parties et être décidée par voie conventionnelle mais, le plus souvent, la fin anticipée s'impose à l'une des

¹ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 2^e éd. 1984, tome 2, p. 631.

² *Ibidem*, pp. 634 et s. ; v. également H. Hoepffner, *Droit des contrats administratifs*, Dalloz, 3^e éd. 2022, pp. 714 et s.. Marion Ubaud-Bergeron distingue quant à elle « extinction normale » et « anticipée » : M. Ubaud-Bergeron, *Droit des contrats administratifs*, 5^e éd. 2023, pp. 433 et s.

³ *Ibidem*, p. 634.

⁴ *Ibidem*, p. 638.

⁵ En ce sens, v. not. H. Hoepffner, *op. cit.* et M. Ubaud-Bergeron, *op. cit.*

parties, si ce n'est aux deux. C'est notamment le cas lorsque la fin est provoquée par une décision de résiliation unilatérale. Il peut tout d'abord s'agir d'une résiliation pour faute (ou résiliation-sanction) qui permet à l'un des cocontractants de résilier le contrat en raison de l'inexécution fautive de ses obligations par l'autre partie. Il peut également s'agir – et l'on retrouve là la spécificité du droit administratif – d'une résiliation prononcée pour motif d'intérêt général, voire pour illégalité du contrat⁶.

Enfin, la fin anticipée peut résulter d'une décision juridictionnelle annulant ou résiliant le contrat. Du point de vue des conséquences, la fin des contrats donne lieu à des situations variées qui obéissent à la fois aux règles dégagées en jurisprudence, à celles établies par les textes, et à celles fixées par les contrats eux-mêmes, au travers de leurs clauses.

Les études doctrinales révèlent quant à elles que le thème de la fin des contrats administratifs est tout à la fois d'une importance capitale et, dans une certaine mesure, assez désuet. En effet, même si Georges Péquignot ne s'y est pas intéressé de manière spécifique, la fin des contrats administratifs occupait déjà une place centrale dans les œuvres de Gaston Jèze⁷ et d'André de Laubadère⁸. Plus tard, lorsque le travail de ce dernier fut repris et poursuivi par Franck Moderne et Pierre Delvolvé, ceux-ci continuèrent de consacrer un livre entier du *Traité des contrats administratifs* à « la fin des contrats administratifs »⁹. Réel, l'intérêt pour cette phase est toujours présent au sein de la doctrine contemporaine. Les manuels de droit des contrats administratifs intègrent tous des développements portant, directement ou indirectement, sur la question de la fin du contrat. De plus, des études sont régulièrement consacrées à la question, que ce soit en envisageant la fin des contrats de manière générale¹⁰, des questions plus spécifiques concernant telle ou telle catégorie de contrat¹¹, ou en s'intéressant à l'un des mécanismes pouvant y

⁶ CE, 8 juillet 2020, n°430864, *Sté Comptoir négoce équipements*, Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 257, note Ph. Rees ; CAA Versailles, 19 oct. 2023, n° 21VE00180, *Sté Siemens Lease Services* ; Contrats-Marchés publ. 2024, comm. 14, obs. E. Muller.

⁷ G. Jèze, *Théorie générale des contrats de l'administration*, LGDJ, 3^e éd. 1936, tome 3.

⁸ A. de Laubadère, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, tome 3, pp. 136 et s.

⁹ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, préc., pp. 631 et s.

¹⁰ V. par ex. J.-B. Vila, « La fin du contrat administratif. L'exécution finale du contrat administratif, son droit et ses perspectives d'évolution », in V. Bouhier et D. Riccardi, *L'exécution des contrats administratifs*, Le Moniteur 2018, p. 170 ; R. Noguellou, « La fin du contrat - Éléments de comparaison entre le droit public et le droit privé », in G. Clamour, M. Ubaud-Bergeron (dir.), *Contrats publics, Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006, t. 1, p. 341.

¹¹ V. par ex., concernant les contrats de la commande publique, L. Richer, « La fin des contrats », *RFDA* 2016, p. 294 ; J.-F. Lafaix, « La codification et la fin des contrats »,

conduire¹². La fin des contrats administratifs continue donc d'intéresser mais force est de constater que, désormais, les auteurs s'attachent davantage à étudier les règles de passation et d'exécution. C'est en ce sens que l'étude de la fin des contrats administratifs peut paraître « passée de mode ».

Cette désuétude s'explique assez facilement et au moins par deux raisons. Tout d'abord, parce que le droit de la commande publique ne s'intéresse que peu à la question de la fin des contrats. Il est ainsi symptomatique que les seuls chapitres du code qui y soient consacrés concernent la résiliation des contrats¹³, tandis que les modalités d'indemnisation en cas de fin anticipée ne sont envisagées que pour les contrats de concession. De plus, du point de vue de leurs contenus, ces chapitres sont assez « pauvres ». Ils ne sont qu'une synthèse des règles générales applicables en matière de résiliation des contrats administratifs telles que dégagées par la jurisprudence et des hypothèses de résiliation prévues par les directives européennes en cas de modification illicite du contrat, de révélation d'un motif d'interdiction de soumissionner en cours d'exécution du contrat, ou de condamnation par la Cour de justice à l'issue d'une procédure de manquement au motif que le marché ou la concession « *n'aurait pas dû être attribué à un opérateur économique en raison d'un manquement grave aux obligations prévues par le droit de l'Union européenne* ». Il n'existe donc pas vraiment de régime spécifique de la fin des contrats de la commande publique au sein du droit des contrats administratifs. Or, si le thème de la fin des contrats peut sembler assez désuet c'est aussi parce que les règles relatives à la fin des contrats administratif dans leur ensemble évoluent peu.

C'est donc à l'intérieur de ce cadre – assez daté ou du moins assez fixe – qu'il convient de questionner l'existence et surtout la valeur des usages. De manière générale, ceux-ci peuvent être définis comme des « *comportements généralisés dotés d'une force normative* »¹⁴. Le Conseil d'État considère quant à lui de manière plus précise que les usages sont des « *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* »¹⁵. En accord avec les organisateurs du colloque, c'est cette seconde définition qui est retenue ici pour interroger la jurisprudence et révéler le sort réservé par le juge

RFDA 2019, p. 227 ; J.-B. Vila, « La fin du contrat de concession », *Contrats-Marchés publ.* 2019, étude 3.

¹² V. par ex. I. Michalis, « La rationalisation du régime de résiliation unilatérale du contrat administratif par l'administration », *RFDA* 2021, p. 290.

¹³ Chapitre V du titre IX pour les marchés publics (CCP, art. L.2195-1 à L.2195-6) et chapitre VI du titre III pour les contrats de concession (CCP, art. L.3136-1 à L.3136-10).

¹⁴ P. Mousseron, *Droit des usages*, IDU/LexisNexis 2ème édition, 2023, p. 5.

¹⁵ CE, 6 juillet 1994, n°116079, *Société Profat investissements*.

administratif aux usages lorsqu'il est question de la fin des contrats de la commande publique.

En réalité, l'étude de la jurisprudence révèle que ce juge accorde une place réelle – bien que limitée – aux usages lorsqu'il doit interpréter les contrats de la commande publique (I), c'est-à-dire dans le silence du contrat. En revanche, et dans le même temps, sa jurisprudence ne laisse que peu de place aux usages « contractualisés » en les encadrant fortement ou en les sanctionnant (II).

I. Un recours possible aux usages dans le silence du contrat

De prime abord, l'étude de la jurisprudence relative à la fin des contrats de la commande publique laisse à penser que les usages ne sont pas pris en compte par le juge lorsqu'il est nécessaire d'interpréter le contrat. En réalité, quelques décisions révèlent la manière dont le juge peut être amené à prendre en compte les usages pour déterminer quels sont les droits et les obligations des parties au contrat (A). Pour autant, cette utilisation des usages reste limitée et ne doit pouvoir jouer que dans le silence du contrat (B).

A. Une prise en compte ponctuelle pour déterminer les droits et obligations des parties en fin de contrat

L'utilisation des usages est assez rare en jurisprudence. Cela ne signifie pas qu'ils soient absents du raisonnement du juge mais, simplement, qu'il n'y fait appel que dans certaines situations.

Tout d'abord, il convient de préciser que le juge n'utilise presque jamais le terme d'« usages », ce qui complique le travail d'identification. En réalité, je n'ai trouvé qu'une seule occurrence dans la jurisprudence des cours administratives d'appel et du Conseil d'État où il est question d'usages à propos de la fin des contrats administratifs. Il s'agit d'un arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille de 2020 dans lequel le juge évoque « les usages contraires dans ce type de contrats » à propos d'une clause d'un contrat de concession et de délégation de service public concernant la conception, le financement, l'exploitation, l'entretien et la maintenance d'un port de plaisance. Pour autant, le renvoi aux usages n'est pas ici véritablement l'œuvre du juge qui ne fait que reprendre les arguments avancés par la société requérante, concessionnaire du port de plaisance¹⁶. Or, si le juge ne rejette pas en tant que tel l'argument lié

¹⁶ CAA Marseille, 21 septembre 2020, 18MA05297, *SIFA* ; Contrats-Marchés publ. 2020, comm. 338, obs. E. Muller.

aux usages, il refuse de fonder son raisonnement sur les usages dans le cas d'espèce¹⁷.

Quelques affaires révèlent toutefois une utilisation effective des usages. C'est par exemple le cas dans un arrêt de 2013 de la Cour administrative d'appel de Nancy qui devait se prononcer sur la validité d'un contrat d'affermage portant sur l'exploitation d'une station d'épuration au regard de sa durée¹⁸. La question était particulièrement importante pour l'exploitant. En l'espèce, la personne publique avait décidé de prononcer la résiliation en se fondant sur « *l'impératif d'ordre public qui s'attache à la loi du 29 janvier 1993, qui est de garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation* ». La société titulaire du contrat demandait à être indemnisée pour différents chefs de préjudice liés à sa résiliation mais le tribunal administratif avait rejeté sa demande en première instance en écartant l'application du contrat en raison de son illicéité, étant précisé que les prétentions de la société reposaient exclusivement sur un fondement contractuel. La Cour administrative d'appel va, au contraire, accepter de régler le litige sur un fondement contractuel en estimant que la durée du contrat, fixée à trente ans en 1991, ne révélait pas une erreur manifeste d'appréciation « *eu égard aux situations alors couramment rencontrées dans ce type de contrats* ». Il semble donc que la durée des contrats de la commande publique puisse, à l'intérieur du cadre légal¹⁹, être appréciée au regard des usages. Il peut s'agir d'un outil efficace pour déterminer si la durée d'un marché est bien « *définie en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique* »²⁰, ou que celle d'un contrat de concession est bien déterminée « *en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire* »²¹.

Au-delà de la question de la durée, les usages semblent pouvoir être utilisés par le juge lorsqu'il s'agit de déterminer le montant de l'indemnité due au cocontractant en raison de la disparition du contrat. Deux arrêts de la Cour administrative d'appel de Versailles en témoignent. Ainsi, dans un arrêt de 2015, la Cour devait se prononcer sur l'indemnité devant être versée au titulaire

¹⁷ V. infra.

¹⁸ CAA Nancy, 17 janv. 2013, n° 11NC00809, *Sté Vivendi* ; Contrats-Marchés publ. 2013, comm. 83, note G. Eckert.

¹⁹ Outre les limites générales fixées, certaines catégories de contrats voient leur durée expressément limitée. C'est le cas des contrats de concession dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets dont la durée ne doit en principe pas dépasser vingt ans (CCP, art. L.3114-8).

²⁰ CCP, art. L.2112-5.

²¹ CCP, art. L.3114-7.

d'un marché de fournitures alimentaires dont le contrat avait été résilié pour motif d'intérêt général. Après avoir admis le principe de l'indemnisation sur le fondement des clauses du contrat, la Cour devait fixer le montant de cette indemnité. Ici la société souhaitait que soit prise en compte « *la marge bénéficiaire habituelle sur ce type de marché, soit 20%* ». La Cour admet une telle évaluation, fondée sur les usages du secteur, mais ordonne un supplément d'instruction pour que la société produise des documents « *établissant le taux de marge nette constaté habituellement dans ce secteur d'activité* »²². De la même manière, et de façon plus nette encore, dans une affaire jugée en 2019 au travers de quatre arrêts, la Cour se réfère au « *taux de marge dans ce secteur d'activité* », estimé à 10%, pour apprécier le manque à gagner d'une société d'architecture après l'annulation juridictionnelle du marché de maîtrise d'œuvre en raison de manquements commis lors de la procédure de passation²³. Le juge n'hésite donc pas à donner une réelle force normative aux usages lorsqu'il doit évaluer le montant des indemnités après la résiliation unilatérale ou juridictionnelle du contrat.

L'appel aux usages constitue donc une réalité pour déterminer les obligations en fin de contrat, même si le juge ne s'y réfère que rarement de manière expresse. Néanmoins, le renvoi aux usages ne semble possible que face au doute.

B. Une prise en compte possible uniquement dans le silence du contrat

Si elle existe, la place des usages dans l'appréciation des obligations liées au contrat ne doit pas être survalorisée. En effet, les usages ne peuvent pas se substituer aux obligations légales, ni aux règles jurisprudentielles, ni même aux dispositions du contrat lui-même. Ils ne constituent que des normes supplétives qui ne jouent qu'en l'absence d'autres règles qui leur sont supérieures.

En premier lieu, et même si cela relève d'une sorte d'évidence, ni le juge, ni les parties, ne peuvent se référer aux usages pour espérer obtenir une interprétation des obligations contractuelles qui serait contraire à des dispositions textuelles, qu'elles soient législatives ou réglementaires. Il est vrai que, dans l'arrêt de 2013 précité à propos de la durée d'un contrat de concession, les usages viennent valider une durée de contrat importante en contradiction avec les dispositions de la loi de 1993 limitant la durée de ces contrats²⁴. Néanmoins, en l'espèce, le renvoi aux usages s'explique justement

²² CAA Versailles, 12 novembre 2015, 13VE02087, *Sté Sogeres* ; Contrats-Marchés publ. 2016, comm. 8, obs. H. Hoepffner.

²³ CAA Versailles, 11 juillet 2019, n°16VE01947 à 16VE01950.

²⁴ CAA Nancy, 17 janv. 2013, n° 11NC00809, *Sté Vivendi*, préc.

parce que les dispositions légales étaient « nouvelles » et ne s'appliquaient pas aux contrats en cours²⁵. En-dehors de cette hypothèse particulière, les textes s'imposent aux usages. D'ailleurs, l'absence de jurisprudence sur cette question illustre le fait que cette règle est intégrée par les parties au contrat et qu'elles ne tentent donc pas de mettre en avant des usages lorsque les dispositions textuelles sont suffisamment claires.

De la même manière, les usages ne peuvent pas être opposés aux règles jurisprudentielles. Les principes dégagés par le juge l'emportent sur les usages. Les illustrations sont également très rares mais une affaire qui concernait un contrat d'abonnement pour la sauvegarde de données informatiques jugée par la Cour administrative d'appel de Lyon en 2019 peut – dans une certaine mesure – être mise en avant²⁶. En l'espèce, la personne publique avait prononcé la résiliation pour faute du contrat en raison des manquements dans l'exécution des prestations. Or, il s'avère que le titulaire du contrat avait cédé ce dernier à une autre société.

C'est donc cette dernière qui a cherché à obtenir une indemnisation devant le juge en mettant en avant la clause pénale du contrat qui prévoyait une indemnisation. Plus précisément le requérant demandait la mise en œuvre d'une clause de cession, c'est-à-dire d'une clause organisant la possibilité pour le titulaire de céder le contrat, et de la clause pénale qui figuraient dans le contrat en invoquant le fait qu'elles ne dérogeaient pas « *aux pratiques rencontrées dans ce type de contrat* ». Son raisonnement n'a pas été suivi par le juge qui, appliquant une jurisprudence classique à l'époque²⁷, a considéré qu'il n'y avait pas eu cession tacite du contrat et qu'il n'existait donc pas de relation contractuelle entre cette société et la commune. Cela signifie donc que les usages ne peuvent pas justifier la validité d'une clause dont la mise en œuvre aurait été contraire aux règles jurisprudentielles applicables en matière de cession de contrat au moment de la conclusion de ce dernier.

Enfin, les usages ne peuvent pas être utilisés pour donner une interprétation des obligations contractuelles qui serait contraire aux stipulations du contrat lui-même. L'arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille, rendu en 2020 à propos de la concession du port de plaisance, illustre cette

²⁵ Il s'agit d'une règle classique. La loi nouvelle ne s'applique qu'exceptionnellement aux contrats en cours dans les conditions fixées par la jurisprudence de principe : CE, ass., 8 avril 2009, n°271737, *Commune d'Olivet* ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 164, note G. Eckert.

²⁶ CAA Lyon, 10 janvier 2019, n°16LY03998.

²⁷ CE, 28 mai 2001, n° 203674, *Territoire des Îles Wallis et Futuna* ; Rec. CE 2001, tables p. 1042 ; BJCP 2001, p. 396, concl. D. Piveteau ; Contrats-Marchés publ. 2001, comm. 140, note F. Llorens.

hypothèse²⁸. En l'espèce, la résiliation pour faute était fondée sur une disposition du contrat imposant au concessionnaire de déposer certaines « *demandes d'autorisations administratives et de permis de construire [...] dans un délai de six (6) mois à compter de l'expiration des délais de recours contre la [...] concession et ses actes détachables* ». Or, le concessionnaire estimait que cette clause ne devait pas être appliquée, du moins telle qu'elle, au regard des usages dans ce type de contrat. La réponse du juge est cependant sans appel. La Cour considère que les stipulations « *sont claires et n'appellent dès lors aucune interprétation de la volonté des parties, de telle sorte que l'invocation par la SIFA d'usages contraires dans ce type de contrat est inopérante* ». Derrière cette affirmation apparaît clairement l'idée selon laquelle les usages ne peuvent jouer que lorsque le contrat – mais le même raisonnement s'applique pour la loi ou pour les règles jurisprudentielles – n'est pas suffisamment clair. Leur caractère supplétif ne fait donc pas de doute.

Ainsi, si le juge ne semble pas réticent à faire appel aux usages lorsqu'il convient de donner une interprétation sur les obligations liées à la fin du contrat, il ne l'admet qu'en l'absence de dispositions textuelles, de règles jurisprudentielles ou de clauses suffisamment claires dans le contrat. La force des usages semble donc limitée, d'autant plus que le juge n'hésite pas à faire appel à certains principes jurisprudentiels pour encadrer les usages « contractualisés », c'est-à-dire ceux repris au travers des clauses du contrat.

II. Une intégration difficile des usages dans les clauses du contrat

Il n'est pas rare que certains usages soient contractualisés, c'est-à-dire repris à l'intérieur de clauses visant à organiser la fin de la relation contractuelle. Cependant, cette consécration par le contrat s'avère difficile, à la fois parce que le juge sanctionne la contractualisation des pratiques défavorables à l'administration en matière d'indemnisation (A) et parce qu'il ne donne qu'une valeur limitée aux dispositions qui viennent aménager la fin du contrat (B).

A. La sanction des pratiques défavorables concernant l'indemnisation en cas de résiliation

En cas de résiliation du contrat, la question de l'indemnisation du cocontractant qui voit disparaître le contrat de manière prématurée est primordiale. Logiquement, les parties cherchent à anticiper cette question et ont légitimement tendance à vouloir organiser l'indemnisation au travers des clauses du contrat. De fait, certains usages contractuels sont apparus et ont

²⁸ CAA Marseille, 21 septembre 2020, 18MA05297, SIFA, préc.

donné lieu à une jurisprudence fournie qui révèle que si les parties ont bien la possibilité d'organiser les modalités de l'indemnisation en cas de résiliation du contrat, le juge sanctionne systématiquement les clauses qui empêchent l'exercice du pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général mais aussi celles qui prévoient une indemnité de résiliation trop importante assimilable à une libéralité.

Il faut commencer par rappeler depuis l'arrêt *Association Eurolat* de 1985 le Conseil d'État interdit aux parties d'insérer dans le contrat des clauses qui font obstacle à l'exercice du pouvoir de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général²⁹. Cette jurisprudence a été confirmée à plusieurs reprises, notamment à propos de clauses qui interdisaient la résiliation du contrat pendant une certaine durée³⁰.

Cette jurisprudence a ensuite été prolongée pour sanctionner la pratique consistant à insérer des clauses qui, sans interdire l'exercice du pouvoir de résiliation, empêchent son exercice. Comme le rappelait Bertrand Dacosta dans ses conclusions sur l'arrêt *CCI de Nîmes* en 2011, « *une clause par laquelle* » la personne publique « *s'engagerait à indemniser son cocontractant, en cas de résiliation, à un niveau très supérieur à celui du préjudice subi pourrait, de facto, lui interdire d'y procéder* »³¹. Dès lors, si les usages permettent aux cocontractants de déterminer « *l'étendue et les modalités* » de l'indemnisation pour motif d'intérêt général au travers des clauses du contrat, ce n'est que « *sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment d'une personne publique, une disproportion manifeste entre l'indemnité ainsi fixée et le montant du préjudice résultant, pour le concessionnaire, des dépenses qu'il a exposées et du gain dont il a été privé* ». Dans les contrats de la commande publique cette règle bénéficie avant tout à l'acheteur ou à l'autorité concédante mais, lorsque le cocontractant est une personne publique elle bénéficie également à ce dernier. En revanche, rien ne s'oppose aux usages qui conduisent à prévoir dans le contrat une indemnisation inférieure au montant du préjudice subi lorsque le cocontractant est une personne privée³². On perçoit donc ici une différence de

²⁹ CE, 6 mai 1985, n°41589, *Association Eurolat*, rec. p. 141 ; AJDA 1985, p. 620, note E. Fatôme et J. Moreau ; LPA 23 oct. 1985, p. 4, note F. Llorens ; RFDA 1986, p. 21, concl. B. Genevois. Il précise que de telles clauses sont incompatibles avec les règles de la domanialité publique – objet du contrat en cause – mais surtout avec les nécessités du fonctionnement du service public.

³⁰ CE, 1er oct. 2013, n° 349099, *Sté Espace Habitat Construction* : DA 2013, comm. 80 , note F. Brenet ; AJDA 2013, p. 2196 , note J.-F. Giacuzzo.

³¹ B. Dacosta, concl. sur CE, 4 mai 2011, n° 334280, *CCI de Nîmes* ; RJEP 2011, comm. 55.

³² CE, 4 mai 2011, n° 334280, *CCI de Nîmes*, préc. ; CAA Toulouse, 17 oct. 2023, n° 21TL23381, *Sté Philippe Descat* ; Contrats-Marchés publ. 2024, comm. 15, obs. E. Muller.

traitement évidente entre les cocontractants qui semble justifiée au regard du principe d'interdiction des libéralités.

Or, c'est précisément sur le fondement de ce principe que le juge est venu sanctionner d'autres pratiques contractualisées en matière de résiliation. Dans son arrêt *SNC Grasse-vacances* de 2022, qui ne concernait pas une résiliation pour motif d'intérêt général mais une résiliation à l'amiable, le Conseil d'État retient une formule plus stricte en indiquant que les parties ne peuvent « *déterminer l'étendue et les modalités des droits à indemnité du cocontractant en cas de résiliation amiable du contrat* » que « *sous réserve qu'il n'en résulte pas, au détriment de la personne publique, l'allocation au cocontractant d'une indemnisation excédant le montant du préjudice qu'il a subi résultant du gain dont il a été privé ainsi que des dépenses qu'il a normalement exposées et qui n'ont pas été couvertes en raison de la résiliation du contrat* »³³. Cela signifie donc que les pratiques en matière d'indemnisation peuvent être contractualisées et se transformer en usages mais uniquement si elles ne contreviennent pas au principe d'interdiction des libéralités. Dégagée à propos d'une résiliation à l'amiable, cette solution devrait être appliquée aux autres hypothèses de résiliation, comme en témoignent certains arrêts de cours administratives d'appel. Ainsi, en 2023, la Cour administrative d'appel de Versailles est venue sanctionner une clause qui organisait une indemnisation trop importante dans l'hypothèse d'une résiliation à l'initiative du cocontractant privé sur le fondement d'une clause du contrat³⁴.

Concrètement, ces limites apportées à l'aménagement des modalités d'indemnisation ont des conséquences sur les pratiques relevées dans certains secteurs. Pour certaines catégories de contrats – on citera notamment les marchés de fournitures reposant sur un système de location avec maintenance – les parties ont pu prendre l'habitude d'insérer des clauses qui ont pour conséquence de majorer l'indemnité de résiliation³⁵. Jusqu'à présent, les juges du fond se livraient à une appréciation du caractère disproportionné ou non de cette indemnité majorée, ce qui pouvait donner lieu à des solutions divergentes. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Paris avait pu par exemple considérer comme illégale car manifestement disproportionnée une clause figurant dans un contrat de location et d'entretien de photocopieurs qui prévoyait « *une indemnité, égale à tous les loyers dus et à échoir au jour de la résiliation,*

³³ CE, 16 déc. 2022, n° 455186, *SNC Grasse-vacances* ; Contrats-Marchés publ. 2023, comm. 90, note G. Eckert.

³⁴ CAA Versailles, 12 oct. 2023, n° 20VE02801, *Sté W, C* ; JCP A 2024, 2069, concl. Anne Villette ; Contrats-Marchés publ. 2024, comm. 8, note H. Hoepffner.

³⁵ D'autres catégories de contrats ou objets sont concernés : CE, 22 juin 2012, n° 348676, CCI de Montpellier ; Contrats-Marchés publ. 2012, comm. 246, note G. Eckert (convention portant sur la sécurité incendie d'un aéroport).

majorée de 10 % »³⁶, alors que la Cour de Nancy considérait qu'une clause similaire insérée dans un contrat de location de défibrillateurs ne permettait pas d'assimiler l'indemnité de résiliation à une libéralité³⁷. Si la jurisprudence *SNC Grasse-vacances* de 2022 devait effectivement être étendue à toutes les hypothèses de résiliation, elle devrait conduire à un abandon de la pratique consistant à intégrer des clauses prévoyant une indemnisation majorée car celles-ci constitueraient, en toutes hypothèses, des clauses illégales. C'est notamment ce qui ressort de l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Versailles de 2023 précité dans lequel l'indemnisation majorée est considérée comme illégale³⁸. Dans le même sens, la Cour de Nancy a accepté la mise en œuvre d'une clause aménageant la résiliation car justement, en l'espèce, la société de location avait renoncé à appliquer la majoration de l'indemnisation prévue par le contrat³⁹.

Ainsi, s'il semble possible de contractualiser les usages pour leur donner une véritable force normative et anticiper l'indemnisation en cas de résiliation, cela n'est admis que si cela ne conduit pas la personne publique à indemniser son cocontractant au-delà du préjudice réellement subi. Peu importe les pratiques du secteur, les usages cèdent forcément le pas face au principe d'interdiction des libéralités. Or, cette logique de protection de l'administration contractante se retrouve à propos des clauses qui encadrent l'exercice du pouvoir de résiliation.

B. L'encadrement des pratiques défavorables aménageant l'exercice du pouvoir de résiliation

Au-delà de la question de l'indemnisation, la contractualisation des usages peut se révéler au travers des clauses qui organisent l'exercice du pouvoir de résiliation. Ainsi, il est fréquent que les clauses du contrat définissent qui est compétent pour résilier et prévoient les procédures à respecter⁴⁰.

C'est notamment le cas lorsque les parties décident de « *stipuler des délais de mise en œuvre de la résiliation, (de) prévoir une procédure de discussion*

³⁶ CAA, Paris 19 avril 2022, n° 20PA00652, *société BNP Paribas Lease Group*. Dans le même sens, confirmant le raisonnement de la CAA de Marseille également à propos de la location de photocopieurs : CE, 3 mars 2017, n° 392446, *Sté Leasecom* ; Contrats-Marchés publ. 2017, comm. 127, note M. Ubaud-Bergeron.

³⁷ CAA Nancy, 22 Mars 2022, n° 19NC02657, *Sté Grenke Location*.

³⁸ CAA Versailles, 12 oct. 2023, n° 20VE02801, *Sté W, C, préc.*

³⁹ CAA Nancy, 21 juin 2023, n°20NC00180, *Sté Grenke Location* ; Contrats-Marchés publ. 2023, comm. 257, note M. Ubaud-Bergeron.

⁴⁰ L. Richer, « La résiliation unilatérale : motifs et procédures de rupture », *Contrats-publics* 2022, n°16.

»⁴¹, lorsqu'elles décident quel sera le sort du personnel, des biens et des obligations contractuelles après la résiliation, mais aussi lorsqu'elles décident de définir les causes possibles de résiliation.

Par exemple, s'agissant de la résiliation pour force majeure, il est admis que les clauses du contrat prévoient des hypothèses assimilées à des situations de force majeure : journées d'intempéries, grève générale au bâtiment, délais abusifs observés par l'acheteur, respect des obligations liées aux découvertes archéologiques, nécessité de réaliser des travaux de dépollution du sol et du sous-sol ne résultant pas des informations communiquées par le contrat... De la même manière, pour la résiliation pour faute il est fréquent que les contrats prévoient dans leurs clauses une liste de fautes susceptibles de conduire à une résiliation. C'est notamment le cas en matière de marchés publics dans les CCAG⁴².

Cette pratique consistant à contractualiser des motifs ou des causes de résiliation s'est transformée en usage pour les contrats de la commande publique. Pourtant la contractualisation n'empêche pas que le juge fixe certaines limites. Ainsi, à propos de l'aménagement contractuel du pouvoir de résiliation, le Conseil d'État est venu préciser que les clauses du contrat qui listent les fautes susceptibles de conduire à la résiliation ne peuvent pas restreindre le pouvoir reconnu aux acheteurs et aux autorités concédantes et qu'« *il est toujours possible [...] de prononcer une résiliation lorsque le titulaire [...] a commis une faute d'une gravité suffisante* »⁴³. Cela signifie donc que si la contractualisation permet de transformer une pratique en usage, elle n'est possible que si elle s'inscrit à l'intérieur du cadre normatif fixé par les textes et par les principes jurisprudentiels, sans pouvoir les dénaturer. Même lorsqu'ils ne sont pas sanctionnés, les usages contractualisés sont interprétés en ce sens par le juge.

Pour autant, cela ne veut pas dire que la contractualisation serait sans intérêt. Ainsi, lorsque le contrat liste les hypothèses de résiliation, les acheteurs et les autorités concédantes ont tendance à se limiter aux hypothèses prévues au contrat. La raison est simple : le risque contentieux est amoindri dans la mesure où il est peu probable que le cocontractant conteste la mise en œuvre de telles clauses si les faits sont établis. De plus, le juge administratif reviendra difficilement sur une résiliation prononcée en application des clauses du

⁴¹ O. Ortega, « Les clauses relatives à la fin anticipée », in *Classeur Contrats publics spéciaux*, Le Moniteur (oct. 2022).

⁴² CCAG FCS, art. 41 ; CCAG-PI, art. 39 ; CCAG-MI, art. 44 ; CCAG TIC, art. 50 ; CCAG MOE, art. 30 ; CCAG-Travaux, art. 50.3.

⁴³ CE, 18 déc. 2020, n° 433386, *Sté Treuils et Grues Labor* ; Contrats-Marchés publ. 2021, comm. 74, note H. Hoepffner.

contrat, alors qu'il contrôlera plus fortement la résiliation si elle est fondée sur un motif « hors liste ». Cela ressort clairement de la jurisprudence en matière de résiliation pour faute. Alors que son contrôle est limité lorsque la faute figure dans une liste établie par le contrat, il réalise un contrôle plus poussé face à une faute « inédite » ou en l'absence de liste. Dans ce cas le juge opère un contrôle strict pour vérifier la gravité de la faute et seuls les manquements les plus graves sont sanctionnés.

A ce titre la fourniture de documents erronés, les carences dans l'exécution des obligations contractuelles entraînant des difficultés sur le chantier⁴⁴ ou l'absence de réalisation de prestations essentielles telles que la fourniture d'une grue ont pu être considérées comme des fautes suffisamment graves⁴⁵. A l'inverse, le fait de ne pas verser une redevance contractuelle ne suffit pas si elle n'est pas suffisante au regard de l'équilibre économique du contrat⁴⁶, pas plus que l'absence de transmission de documents et les défaillances ponctuelles constatées en méconnaissance des engagements contractuels⁴⁷. Ainsi, la contractualisation permet de transformer certaines pratiques en usages dotés d'une réelle portée normative. Contractualiser les usages n'est donc pas sans intérêt mais, comme lorsqu'ils sont mobilisés pour interpréter les droits et obligations issus du contrat, leur incidence n'est réelle qu'en l'absence de normes supérieures contraires. Or, en pratique, ces dernières se révèlent assez nombreuses.

⁴⁴ CAA Nancy, 28 déc. 2021, n° 18NC02425, *Hôpitaux civils de Colmar* ; Contrats-Marchés publ. 2022, comm. 73, note H. Hoepffner.

⁴⁵ CE, 18 déc. 2020, n° 433386, *Sté Treuils et Grués Labor*, préc.

⁴⁶ CE, 6 mai 2019, n° 420070, *Sté CVT Loisirs* ; Contrats-Marchés publ. 2019, comm. 237, note G. Eckert. Le juge considère que, si le non-paiement d'une somme d'environ 40 000 euros, à régler au titre d'une redevance contractuelle, présente bien un caractère fautif, il n'est pas d'une gravité suffisante pour fonder légalement la résiliation du contrat aux torts exclusifs du cocontractant. En l'espèce en effet, le montant des investissements engagés par le concessionnaire et l'équilibre économique de l'exploitation (dont le chiffre d'affaires annuel avoisinait un million d'euros) sont trop importants pour que le non-paiement d'une telle somme justifie la résiliation.

⁴⁷ CAA Marseille, 15 juin 2020, n° 19MA00917. Saisi dans le cadre d'un pourvoi en cassation le Conseil d'État précise toutefois que le juge doit tenir compte des fautes commises pour évaluer le droit à indemnisation du cocontractant dont le marché a été irrégulièrement résilié : CE, 27 avr. 2021, n° 437148, *RTM* : mentionné aux tables du Recueil Lebon ; Contrats-Marchés publ. 2021, comm. 205, note Ph. Ree. Se prononçant sur renvoi du Conseil d'État, le juge d'appel considère cependant que les fautes commises justifient une exonération de responsabilité à hauteur de 10% : CAA Marseille, 25 avril 2022, n°21MA01953 ; Contrats-Marchés publ. 2022, comm. 206, obs. E. Muller.

En dépit de ces limites, il est certain que le régime de la fin des contrats de la commande publique offre une place de choix aux usages, à condition que ces derniers restent « à leur place », ce qui signifie qu'ils ne peuvent être que des normes d'orientation à caractère supplétif.

USAGES ET FIN DES CONTRATS. LE REGARD DES PRATICIENS

Sophie Jeannot
Directrice juridique et Conformité – Groupe Demathieu Bard

Cynthia Vasselle
Responsable juridique

Notre approche des usages

Compte tenu de notre qualité de praticiennes, le Professeur Lichère nous a accordé un privilège précieux : celui de nous détacher de la définition de l'usage telle qu'exposée ce matin, et notamment de son caractère normatif.

Par usage, nous entendons donc toute pratique répétée et couramment acceptée au sein de la profession, sans pour autant être formellement inscrite dans les textes législatifs ou réglementaires, ou même dans le contrat.

Dans le cadre des contrats de la commande publique, il s'agit souvent de comportements, de procédures ou de méthodes adoptés par les acteurs du secteur, qui sont devenus des réflexes ou des habitudes.

Leur objectif commun est de fluidifier les relations entre les parties, en évitant les différends ou en comblant les lacunes des textes ou des dispositions contractuelles.

Sources des usages

Il est important de noter que ces usages peuvent provenir de différentes sources.

Ils découlent souvent des pratiques usuelles de la profession, mais peuvent également résulter de la documentation sans caractère normatif utilisée dans notre secteur.

Par exemple, les guides de la FNTP, notamment les guides pour conducteurs de travaux, sont riches en "bonnes pratiques" qui façonnent nos usages.

Enfin, bien que n'ayant pas toujours un caractère contraignant, le CCAG et même la norme NFP 03.001 servent souvent d'inspiration et influencent nos pratiques quotidiennes.

Nous examinerons ces pratiques dans divers domaines : réception, comptes définitifs, réclamations, résiliation, garanties légales ou contractuelles, et contentieux.

Notre propos se concentrera sur les marchés publics de travaux, quelle qu'en soit la forme : lots séparés, conception-réalisation ou autres marchés globaux.

Nous n'aborderons pas les contrats de partenariat ni les DSP.

I. Usages et réception

Premièrement, nous allons aborder la question des usages lors de la phase de réception d'un marché public de travaux.

La réception des travaux, c'est le moment où le maître d'ouvrage accepte officiellement que le chantier est terminé. Cela se fait généralement lors d'une visite sur place, avec le maître d'œuvre et l'entreprise de travaux.

Les OPR, ou opérations préalables à la réception, sont des vérifications qui ont lieu avant la réception finale des travaux. Concrètement, c'est un moment où le maître d'œuvre et l'entreprise passent en revue le chantier pour repérer d'éventuels défauts ou points à corriger avant la réception.

La procédure de réception et des OPR est généralement encadrée contractuellement. Cependant, il existe un usage répandu dans le secteur du BTP qui consiste à organiser une **visite préalable informelle** avant les OPR. Cette visite peut être organisée avec le maître d'œuvre ou avec nos sous-traitants. Bien que cette pratique ne soit pas prévue par les textes, elle s'avère particulièrement utile et présente plusieurs avantages. Elle permet notamment :

- d'identifier les éventuels défauts mineurs, qui peuvent être corrigés rapidement ;
- de préparer psychologiquement les différentes parties à la réception finale ;
- et de réduire le nombre de réserves émises lors des OPR ou lors de la réception finale, moment où l'entreprise dispose généralement d'un délai court pour les lever.

Un autre usage assez répandu que nous souhaitons évoquer est celui de la **réception partielle informelle**. La réception partielle consiste pour le maître d'ouvrage à accepter une partie de l'ouvrage avant la fin complète des travaux. Cela permet d'utiliser cette partie, même si le chantier n'est pas encore terminé. On parle de réception partielle informelle car elle n'est pas prévue au contrat, mais elle se révèle utile en cours de chantier.

Elle présente plusieurs avantages :

- Elle permet l'utilisation anticipée de certaines parties de l'ouvrage avant la fin complète des travaux ;
- Elle facilite l'échelonnement de la fin des travaux, particulièrement sur des projets complexes impliquant plusieurs phases ;
- Elle contribue à une meilleure gestion des sous-traitants et des différents lots de travaux.

Ainsi, la réception partielle informelle peut être un atout considérable dans la gestion des chantiers.

Cependant, il est important de souligner que la réception partielle entraîne certaines conséquences juridiques, notamment en matière de transfert de la garde de l'ouvrage et de point de départ des garanties légales. C'est pourquoi il est vivement recommandé de formaliser cet usage par un avenant au contrat.

Pour illustrer cela, prenons un exemple concret : dans le cadre de la construction d'un complexe sportif, la réception partielle informelle du terrain de football a été effectuée avant l'achèvement des vestiaires. Grâce à cela, les clubs locaux ont pu utiliser le terrain bien avant la fin officielle des travaux.

Enfin, un autre usage que nous souhaitons évoquer avec vous est celui du **constat d'huissier** pour acter la fin des travaux de l'entreprise. Ce constat offre à l'entreprise une preuve tangible de la date à laquelle ses travaux sont effectivement terminés. Cela peut s'avérer particulièrement utile en cas de différend avec le maître d'œuvre ou le maître d'ouvrage, notamment si la réception tarde à être prononcée. De plus, dans le cadre de travaux en lots séparés, ce constat permet de « photographier » l'état du chantier à un instant donné, prévenant ainsi d'éventuels conflits entre les différents intervenants présents sur le chantier.

Ces usages jouent un rôle essentiel dans la fluidification du processus de réception. Ils permettent de tempérer la rigidité des procédures officielles en les adaptant aux réalités du terrain, tout en préservant les intérêts de chaque partie. Toutefois, il est impératif de rester vigilant quant à leur mise en œuvre,

afin d'éviter tout risque juridique lié à la non-conformité avec les dispositions contractuelles ou réglementaires.

II. Usages et comptes définitifs

2 pratiques courantes pourraient en cette matière être considérées comme des usages :

A. Les délais de facto pour la production du projet de décompte final

Bien que le CCAG Travaux fixe un délai de 30 jours après la réception pour que l'entreprise remette son projet de décompte final, il est d'usage dans le secteur du BTP d'accorder une certaine souplesse :

Les maîtres d'ouvrage tolèrent souvent des délais plus longs, notamment pour les chantiers complexes et mettent peu en pratique la possibilité de faire établir le PDF d'office.

B. « Prédécompte informel »

Cette pratique est couplée à une autre pratique courante qui consiste à envoyer un "pré-décompte" informel pour discussion avant la version officielle.

Ce document, moins formel et hors de tout cadre contractuel, permet d'initier une discussion sur les points sensibles ou encore en cours de finalisation.

Il offre une base de travail qui facilite les échanges et peut éviter des désaccords lors de la présentation officielle du décompte final.

Cette pratique permet de fluidifier les relations contractuelles et d'anticiper les éventuelles divergences entre les parties.

Elle peut s'accompagner d'autres pratiques telles que :

- L'organisation de réunions informelles entre l'entreprise, le maître d'œuvre et le maître d'ouvrage
- La négociation sur les points de désaccord avant la formalisation du DGD
- Une recherche de compromis sur les réclamations éventuelles

Exemple : Dans le cadre d'un marché de construction d'une station d'épuration, des discussions préalables ont permis de résoudre à l'amiable un différend sur des travaux supplémentaires, évitant ainsi un contentieux

potentiel portant sur le décompte final. Le DGD a ainsi pu être régularisé ensuite sans être contesté.

III. Usages et réclamation

Il existe également des usages liés à la réclamation.

La réclamation, c'est quand l'entreprise demande une compensation, généralement financière, parce qu'elle estime avoir subi un préjudice pendant le chantier. Cela peut être à cause de retards, de travaux supplémentaires ou de difficultés imprévues qui ont entraîné des coûts supplémentaires. Généralement, la réclamation est présentée en fin de chantier au moment du décompte général que Sophie vient de vous présenter.

Afin de traiter les difficultés au fil de l'eau, évitant ainsi de concentrer toutes les réclamations en fin de chantier, il est d'usage de mettre en place des mécanismes de résolution des problèmes en cours d'exécution, que l'on appelle des « **early warnings** » ou alertes précoces. Il s'agit d'alerter le maître d'ouvrage dès l'apparition de difficultés liées à l'exécution du marché. Cette pratique, inspirée du droit anglo-saxon, permet une meilleure anticipation et une résolution plus rapide des problèmes qui pourraient survenir.

Par exemple, il est d'usage d'organiser des **réunions trimestrielles** entre le maître d'œuvre et l'entreprise de travaux pour aborder les éventuels points de blocage en cours de chantier. Ces échanges réguliers permettent d'aborder les problèmes au fur et à mesure qu'ils apparaissent. Par la suite, une réunion tripartite entre le maître d'ouvrage, le maître d'œuvre et l'entreprise est organisée pour tenter de trancher ces sujets et trouver des solutions appropriées.

De même, des **réunions de négociations informelles** peuvent être sollicitées pour évoquer des sujets de réclamation, basées sur des « notes blanches », ou des devis transmis par l'entreprise, toujours dans l'optique de régler les différends au fil de l'eau.

Ces usages permettent d'éviter l'accumulation de réclamations à la fin du projet, en favorisant une gestion proactive des différends pendant la réalisation des travaux.

IV. Usages et résiliation

Ici encore, nous avons distingué deux pratiques communes qui pourraient s'apparenter à des usages.

A. La résiliation amiable anticipée

Bien que non prévue explicitement dans le code de la commande publique, la pratique de la résiliation amiable anticipée s'est développée pour permettre une sortie "en douceur" d'un marché problématique.

On peut ainsi dire qu'il s'agit d'un « usage » qui découle des grands principes en matière de droit des contrats publics, tels que la liberté contractuelle, puisque la résiliation amiable n'intervient que si les deux parties y ont intérêt et sont donc d'accord.

Pour citer un exemple :

Un projet de construction d'un collège a rencontré des aléas liés à la présence d'une zone humide sous l'emprise de la construction, qui n'avait pas été détectée par les diagnostics préalables.

Le projet devait être complètement modifié, ce qui pouvait renchérir son coût et générer d'importants retards.

Le MOA et l'entreprise se renvoyaient la balle quant aux responsabilités.

L'entreprise, qui perdait de l'argent sur l'opération (probablement mal chiffrée au départ), a alors proposé une résiliation amiable au MOA qui l'a acceptée.

La résiliation amiable a ainsi permis de mettre fin à un marché public de manière consensuelle, évitant les conflits et contentieux, tout en préservant les relations contractuelles et en assurant une gestion flexible des obligations des parties.

B. Négociation préalable à la résiliation pour motif d'intérêt général

Autre pratique courante bien que non codifiée : La négociation préalable à la résiliation pour motif d'intérêt général.

Bien que la résiliation pour motif d'intérêt général soit un droit unilatéral de l'acheteur public, l'usage dans le BTP est de d'engager des discussions préalables avec l'entreprise en vue notamment :

- De rechercher des solutions alternatives à la résiliation le cas échéant
- Négocier à l'amiable les conditions d'indemnisation

Exemple : Dans le cadre d'un projet de construction d'un autre collège bloqué en raison de problématiques foncières et environnementales, le MOA nous a demandé de chiffrer deux hypothèses : poursuite du contrat (avec claim pour arrêt de chantier) et résiliation pour motif d'IG - La négociation a eu lieu en dehors de tout formalisme prévu par le contrat et nous avons fini par régulariser un protocole avec le MOA.

V. Usages et gestion des garanties légales et contractuelles

Nous allons aborder maintenant les usages liés à la gestion des garanties légales dans le cadre des marchés de travaux.

Les garanties légales sont des protections qui permettent au maître d'ouvrage d'assurer la qualité et la conformité des travaux réalisés après réception. On distingue principalement deux types de garanties : la garantie de parfait achèvement (GPA), qui couvre les problèmes constatés dans l'année suivant la réception, et la garantie décennale, qui protège contre les désordres graves pendant une durée de dix ans.

Dans la pratique, il existe plusieurs usages qui facilitent la gestion de ces garanties. Par exemple, il est courant d'effectuer des **visites de contrôle régulières** après la réception pour s'assurer que tout reste conforme et pour identifier d'éventuels problèmes avant qu'ils ne s'aggravent.

De même, il est d'usage d'organiser une **dernière visite** quelques semaines avant la fin de la GPA pour s'assurer que tout est en ordre. Cela permet de réduire le risque de recevoir une prolongation de la garantie ou une assignation de la part du maître d'ouvrage.

Il est également d'usage de **réparer des désordres** pendant le délai de GPA alors que nous n'y sommes pas tenus contractuellement. Les entreprises le font souvent pour des raisons commerciales, afin de maintenir une bonne relation avec le maître d'ouvrage.

Enfin, un autre usage que l'on rencontre surtout dans les contrats hybrides - c'est-à-dire des contrats passés sous le code de la commande publique mais soumis à un régime de droit privé pour l'exécution, comme c'est le cas avec les bailleurs sociaux - consiste à préconiser à nos clients d'actionner leur assurance « **dommages-ouvrage** » pour éviter des expertises judiciaires longues et coûteuses.

Ces usages aident à maintenir une bonne communication entre les différentes parties et à gérer efficacement les problèmes qui pourraient survenir sous garantie, tout en préservant les intérêts de chacun.

VI. Usages et différends

A. Le recours aux expertises « privées »

Ensuite, il est également d'usage de recourir à des **expertises « privées »** en cas de différends de nature technique. Ce type d'expertise, réalisée par un expert indépendant désigné conjointement par l'ensemble des parties, permet de résoudre des conflits techniques sans attendre une expertise judiciaire, souvent perçue comme plus formelle et plus lente.

Ex. différend sur une réclamation ou sur un désordre

Dans un exemple de chantier de logements, une entreprise a fait appel à un expert privé pour évaluer des **fissures esthétiques** sur un bâtiment. L'expertise a permis de trouver une solution technique de renforcement moins coûteuse que celle initialement envisagée, évitant ainsi un recours en justice long et onéreux.

B. Les « dispute boards »

Autre pratique qui tend à devenir un usage : Les « dispute board » pour prévenir les litiges. Il s'agit d'un comité permanent installé pour la durée du chantier, dont les modes de fonctionnement sont directement inspirés des contrats anglo-saxons et internationaux.

La SGP (société des grands projets) a été l'une des premières à mettre en place un tel comité, sous le nom de CRD (comité de règlement des différends) pour ses chantiers du grand Paris.

Ce CRD permettait aux parties de se retrouver régulièrement pour anticiper les difficultés d'exécution et régler des situations potentiellement conflictuelles, dans un cadre dépassionné et sous le regard d'un collègue de tiers dont l'autorité est reconnue (experts techniques/juridiques).

Conclusion : Enjeux et bonnes pratiques

En conclusion, les usages dans la commande publique jouent un rôle clé dans l'amélioration de la communication entre les parties prenantes, la fluidification des processus contractuels, ainsi que dans la prévention des différends. Ces usages permettent de mieux anticiper et gérer les risques liés à

l'exécution des marchés publics, tout en favorisant une collaboration plus sereine et productive.

Certains de ces usages, en raison de leur efficacité et de leur large adoption, ont d'ailleurs été progressivement formalisés dans les pièces contractuelles. C'est notamment le cas de la résolution amiable des différends, devenue une étape obligatoire avant toute saisine du juge, illustrant ainsi l'importance accordée à la recherche de solutions consensuelles.

Cependant, il est important de rester vigilant quant à la mise en œuvre de ces usages, afin qu'ils ne viennent pas contredire les termes du contrat ou les dispositions règlementaires en vigueur. Dans un tel cas, il serait nécessaire d'adapter le contrat par le biais d'un avenant pour assurer la conformité des usages.

Même s'ils restent informels, une bonne pratique consiste à tracer soigneusement tous ces échanges afin de pouvoir s'y référer le cas échéant, notamment en cas de litige ou de clarification des obligations des parties.

USAGES ET FIN DU CONTRAT : SYNTHESE DE L'ATELIER

Clarisse DAVID

*Avocat au barreau de Lyon, chargée d'enseignements
à l'université Jean Moulin Lyon 3*

L'achèvement de l'exécution des contrats et plus particulièrement des marchés publics est marqué par deux événements majeurs : la réception des prestations et l'établissement des comptes entre les parties. Lors de l'atelier n°3, il est apparu des échanges entre les débats que chacune de ces étapes, bien qu'encadrée par les textes et/ou le contrat faisait la part belle aux usages. Il en est de même lorsque la fin du marché intervient de manière précipitée, en cas de résiliation du marché avant le terme contractuellement prévu.

I. La fin anticipée du contrat : les usages lors de la résiliation du contrat

Si le contrat est conclu pour une durée déterminée, il arrive qu'il s'achève de manière anticipée avant le terme contractuellement prévu en raison d'une décision de résiliation. Le code de la commande publique envisage six motifs de résiliation du contrat ¹. Outre ces derniers, les cahiers des clauses administratives générales (CCAG) prévoient d'autres hypothèses de résiliation ainsi que la procédure à suivre pour mettre fin au marché public.

Parmi les hypothèses listées dans le code de la commande publique et les CCAG, les débats ont relevé que celle de la résiliation pour motif d'intérêt général laisse une part importante aux usages. Rappelons que la personne

¹ Les articles L.2195-1 à 2195-6 pour les marchés publics et L.3136-1 à 3136-6 pour les concessions prévoient les six hypothèses de résiliation suivantes :

- le cas de force majeure auquel fait face l'acheteur ou l'autorité concédante ;
- le cas de faute d'une gravité suffisante du cocontractant, lorsque le contrat est un contrat administratif ;
- le cas où un motif d'intérêt général conduit l'acheteur ou l'autorité concédante à mettre fin au contrat ;
- le cas où l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification illicite de celui-ci ;
- le cas de condamnation par la Cour de Justice de l'Union européenne en raison d'un manquement grave aux obligations prévues par le droit européen ;
- et le cas dans lequel le titulaire se trouve placé, en cours d'exécution, dans l'un des cas d'interdiction de soumissionner.

publique dispose toujours du droit de résilier unilatéralement le marché public² ou le contrat de concession³ pour un motif d'intérêt général et ce, même en l'absence de clause contractuelle en ce sens. La contrepartie à ce droit est l'entière indemnisation du titulaire qui, par définition, n'a commis aucune faute.

De manière chronologique on envisage les étapes suivantes pour procéder à la résiliation : l'acheteur décide de résilier le contrat pour motif d'intérêt général, il notifie sa décision à son cocontractant puis lui verse une indemnisation dont le montant est soit prévu par le contrat, soit négocié.

Pourtant, les débats ont unanimement relevé qu'il est usuel que cette chronologie soit bouleversée. En pratique, il arrive fréquemment que la décision de résiliation pour motif d'intérêt général soit prise par l'acheteur après avoir échangé avec le titulaire et surtout compte tenu de la teneur de ces échanges, notamment sur le montant de l'indemnité à verser à ce dernier.

Sur la détermination de ce montant les entreprises présentes ont relevé qu'en cas de silence du contrat sur ce point, l'usage consiste à solliciter et accepter une indemnité de résiliation correspondant à 5% du montant des prestations prévues mais non exécutées. Ce montant correspond à ce que prévoit les clauses relatives à la résiliation des différents CCAG.

Outre les cas prévus par le code de la commande publique et les CCAG, les débats ont porté sur un autre type de résiliation : la résiliation amiable.

Il s'agit pour les parties de décider d'un commun accord de mettre un terme au contrat qui les lie. Cette hypothèse de résiliation résulte largement de la pratique et permet aux cocontractants de se sortir de situations parfois inextricables. Elle diffère des précédents cas de résiliation dans la mesure où elle n'est pas « subie » par l'une des parties au moins.

Le juge administratif a déjà eu l'occasion de valider ce type de résiliation⁴ et rappelé qu'une telle décision ne constitue pas une transaction, laquelle a pour seul objet de terminer une contestation née ou de prévenir une contestation à naître (*C.civ.*, art. 2044) mais un accord par lequel les parties au contrat s'entendent mutuellement sur sa résolution amiable en l'échange du versement

² CE Ass. 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Rec. p. 246.

³ 13 CE, 2 février 1987, *Société TV6*, n° 81131, n° 82432, n° 82437 et n° 82443.

⁴ Cour administrative d'appel, Marseille, 6e chambre, 17 Avril 2023 – n° 22MA03094.

d'une indemnité de résiliation⁵. Les cocontractants peuvent ainsi fixer librement les modalités et le montant de l'indemnisation du titulaire en cas de résiliation amiable du contrat, à condition toutefois que l'indemnité n'excède pas, au détriment de la personne publique, le montant du préjudice subi par le cocontractant⁶.

II. La fin de l'exécution technique du contrat : les usages lors de la réception

Quelle que soit la nature des prestations objet du marché public, la fin de l'exécution technique du contrat est marquée par la réception ou l'admission⁷ qui est l'acte juridique par lequel l'acheteur constate que l'exécution des prestations est conforme aux diverses prescriptions du marché et plus généralement aux « règles de l'art ».

Le code de la commande publique ne traite pas directement de la réception. Seule la partie du code relative à l'exécution financière et plus précisément les dispositions des articles R.2191-32 à 2191-44 évoquent la réception à propos de la retenue de garantie dont le seul objet est « *de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées pendant le délai de garantie* ».

Par conséquent, ce sont les clauses du contrat qui vont organiser la procédure de réception des prestations. Les CCAG et plus particulièrement le CCAG Travaux y consacrent de longs développements. La réception en marché public de travaux telle que prévue par ce CCAG se caractérise en effet par sa lourdeur : succession de différentes étapes à suivre, délais et formalisme stricts à respecter⁸. Il n'est donc pas rare que les titulaires, maîtres d'œuvre et maîtres de l'ouvrage, tous concernés et acteurs de cette phase d'achèvement de l'exécution, choisissent de s'écarter des dispositions contractuelles.

En principe la phase de réception débute par les « *opérations préalables à la décision réception* » (« OPR ») à la demande du titulaire. Cette réunion pilotée par le maître d'œuvre est organisée dans un délai de 20 jours à compter de la demande du titulaire, et a pour objet de vérifier que les travaux sont achevés, qu'ils ont été réalisés en conformité au contrat et de constater d'éventuels vices, imperfections ou malfaçons ou dommages. Dans la pratique,

⁵ Mehdi LAHOVAZI, Chronique de droit des modes alternatifs de règlement des différends - Textes et décisions du 1er janvier au 30 juin 2023, La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 42, 23 octobre 2023, 2316.

⁶ CE, 16 déc. 2022, n° 455186, Sté Grasse-vacances : publié au Recueil Lebon.

⁷ Terme employé pour les marchés de fournitures courantes et services.

⁸ CCAG Travaux, article 41 et suivants.

les maîtres d'œuvre et les entreprises s'entendent régulièrement pour organiser des réunions de « pré-OPR » afin de purger le plus grand nombre possible de réserves avant de tenir la réunion d'OPR « officielle », c'est-à-dire celle contractuellement prévue. Grâce à ces « pré-OPR », la réunion des OPR sera plus rapide et le nombre de réserves noté réduit voire nul. Ce procédé permettra en principe d'une part, de s'assurer que le maître de l'ouvrage décide de réceptionner les travaux à l'issue des OPR et d'autre part, que les entreprises en charge des travaux aient peu ou pas de réserves à lever post réception.

Un autre usage propre à la phase de réception des travaux a été mentionné lorsque celle-ci est prononcée avec des réserves. Ces dernières doivent être levées par le titulaire dans le délai fixé par le maître d'ouvrage dans la décision de réception ou, en l'absence d'un tel délai, trois mois avant l'expiration du délai de garantie défini à l'article 44.1 du CCAG Travaux, c'est-à-dire du délai de garantie de parfait achèvement.

Si ces imperfections ne sont pas de nature à porter atteinte à la sécurité, au comportement ou à l'utilisation des ouvrages, le maître d'ouvrage peut renoncer à ordonner la réparation et proposer au titulaire une réfaction sur les prix. Cette possibilité prévue par l'article 41.7 du CCAG Travaux est d'ailleurs reprise dans le formulaire EXE 6 (décision de réception) de la Direction des Affaires Juridiques qui peut être utilisé par les maîtres de l'ouvrage. Or, en pratique et bien que les contrats prévoient que l'initiative appartient au maître de l'ouvrage c'est davantage l'entreprise qui propose une réfaction de prix en contrepartie de l'abandon d'une réserve, particulièrement lorsque la réserve est difficile ou impossible à lever.

Une fois la réception prononcée, avec ou sans réserve, les relations contractuelles entre les parties prennent fin, le cas échéant dans la mesure des réserves, et le délai de garantie de parfait achèvement, comme le délai de garantie décennale, commencent à courir. Également, la procédure d'établissement des comptes entre les parties peut débuter, la réception restant sans effet sur les droits et obligations financiers nés de l'exécution du contrat⁹.

III. La fin de l'exécution financière : les usages lors de l'établissement des comptes entre les parties

A l'instar de la réception, la procédure d'établissement des comptes entre les parties en fin de contrat se caractérise par un formalisme et des délais

⁹ Conseil d'Etat, Section du contentieux, 6 Avril 2007 - n° 264490.

contraignants. C'est particulièrement le cas lorsqu'il est fait application du CCAG travaux.¹⁰

Dans telle hypothèse, le titulaire du marché dispose d'un délai de 30 jours à compter de la date de notification de la décision de réception des travaux pour remettre simultanément son projet de décompte final au maître d'œuvre et au maître de l'ouvrage (*CCAG Travaux, article 12.3.2*).

Le maître d'œuvre accepte ou rectifie le projet de décompte final, qui devient alors le décompte final (*CCAG Travaux, article 12.3.3*). Une fois ce décompte final arrêté, le maître d'œuvre prépare le projet de décompte général, qui comprend le décompte final, l'état du solde déterminé à partir du décompte final et du dernier décompte mensuel, et la récapitulation des acomptes mensuels et du solde dont le résultat représente le montant du projet de décompte général (*CCAG Travaux, article 12.4.1*). Le maître d'œuvre transmet le projet de décompte général au maître de l'ouvrage qui signe le projet de décompte, le cas échéant après l'avoir rectifié. Ce document devient le décompte général qui est notifié par le maître de l'ouvrage au titulaire du marché dans les 30 jours à compter de la réception de sa demande de paiement finale (*CCAG Travaux, article 12.4.2*). Le titulaire dispose alors d'un délai de 30 jours pour transmettre au maître de l'ouvrage, avec copie au maître d'œuvre, le décompte général revêtu de sa signature, avec ou sans réserve, ou pour faire connaître les motifs d'un refus de signature (*CCAG Travaux, article 12.4.3*). Le décompte général signé sans réserve par le titulaire devient le décompte général et définitif du marché.

Par la suite, le titulaire qui entend contester le décompte général qui lui a été notifié doit suivre une procédure spécifique de réclamation (*CCAG Travaux, article 55*) qui constitue le préalable nécessaire à une saisine régulière du juge administratif.

Deux usages permettent de contourner ces contraintes afin de solder plus rapidement le marché et d'éviter que ce soit le juge qui fixe le décompte général du marché.

Le premier réside dans la pratique dite du « décompte général sur table ». Il s'agit pour le maître de l'ouvrage et le titulaire, une fois le projet de décompte final de l'entreprise notifié, de négocier et se mettre d'accord sur le montant du décompte général puis de le signer. Dès cette signature des deux parties, ce

¹⁰ CCAG Travaux, article 12.

décompte général deviendra donc le décompte général définitif (« DGD ») du marché avec les effets qu'on lui connaît d'unicité et d'intangibilité.

Le second consiste à signer un « protocole valant DGD » à la suite d'une contestation du décompte général du marché par le titulaire. Ce protocole a un double objet. Il va mettre un terme au différend entre l'entreprise et le maître de l'ouvrage en traitant les différents sujets réclamatoires (travaux supplémentaires, surcoûts d'exécution, pénalités, etc.) et solder définitivement le marché. S'il y a lieu ce protocole traite aussi des indemnités à verser au titulaire sur le fondement de la théorie de l'imprévision suite à la flambée des coûts des matières premières due à la pandémie du Covid 19 et à la Guerre en Ukraine. Et ce même si le Conseil d'Etat a considéré que l'indemnité d'imprévision vise « *à compenser les charges extracontractuelles subies par le titulaire, et qu'elle ne peut être regardée comme une conséquence financière de l'exécution du marché et (...) n'a pas à être inscrite dans le décompte général et définitif* »¹¹.

Il est aussi fréquent que ce protocole comporte une clause de porte-fort qui vise à protéger le maître de l'ouvrage de l'action d'un sous-traitant. Ajoutons enfin que l'établissement du « protocole valant DGD » peut être précédé de la saisine d'un comité consultatif de règlement des différends dont l'avis permettra de justifier la transaction signée entre les parties.

S'éloignant des dispositions textuelles et/ou contractuelles qui sont censées la régir, la fin du contrat, anticipée ou non, est marquée par de multiples usages tant sur le volet technique que sur le volet financier. Ces usages présentent de forts points communs : ils font une place large aux échanges et à la négociation entre les parties, ils sont guidés et justifiés par « le bon sens » et enfin, ils poursuivent un objectif de gain de temps et d'évitement de procédures contentieuses.

¹¹ Conseil d'Etat, Avis du 15 septembre 2022, n° 405540.

CONCLUSION.

LES USAGES DANS LA COMMANDE PUBLIQUE

Laurent Richer
Professeur de Droit public émérite
à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

La Chaire de DROIT des contrats publics a organisé ce colloque sur les usages à la Faculté de DROIT de Lyon III et pourtant, peut-on se demander, les usages relèvent-ils bien du droit ?

Les usages appartiennent plus au monde du *Sein* qu'à celui du *Sollen*. Dans une conception kelsenienne du droit, nous n'avons donc fait que peu ou pas de droit.

Mais il est permis de ne pas retenir une conception aussi rigide de la séparation entre devoir- être et être. Selon une conception différente, *ex facto jus oritur*, le droit sort des faits, dont il est extrait par le juge. Alors, une partie au moins des usages relève du droit, et cela de façon incontestable, quand la loi y renvoie comme le fait le Code civil à plusieurs reprises.

Une partie, cependant, n'en relève pas, mais, pour autant, l'intérêt de la Chaire de droit des contrats administratifs n'est pas illégitime et cela pour trois raisons :

- nous avons retenu dès le départ, une définition large des usages,
- l'incursion dans la sociologie relève tout aussi bien de la mission de la Chaire, qui s'intéresse à la pratique,
- les usages, alors même qu'ils auraient un caractère pré - juridique ou méta- juridique, concourent à la mise en place d'un objet juridique : le contrat

On peut donc laisser de côté les états d'âme pour faire le bilan de cette riche journée.

Un constat général s'impose : presque aucune intervention n'a laissé de côté la problématique notionnelle portant sur la différence entre l'usage normatif et la pratique plus ou moins informelle.

Dès lors que la pratique est bien établie, il a été admis que l'on peut parler d'usage, mais il convient de distinguer l'usage *stricto sensu* et l'usage *lato sensu*.

L'usage *stricto sensu* peut être défini comme le comportement généralisé doté d'une force normative. Une pratique n'est donc pas un usage si elle n'est pas dotée de cette force normative. De quoi la force normative résulte-t-elle ?

Il peut d'abord y avoir renvoi aux usages par les textes, ce qui est beaucoup plus fréquent en droit privé qu'en droit public. Le juge peut aussi consacrer un usage sans fondement dans un texte écrit.

Le Code de la commande publique ne comporte pas de renvoi aux usages, à deux petites exceptions près. On ne trouve dans les textes que des renvois très indirects, comme le cas où un contrat renvoie à des normes qui elles-mêmes renvoient à des bonnes pratiques dont certaines au moins correspondent à des usages.

En revanche, il n'est pas rare que le juge fasse produire des conséquences juridiques aux usages qui se voient, de la sorte, dotés d'une force normative.

Pour interpréter le contrat ou pour identifier une faute contractuelle imputable au titulaire il arrive au juge administratif de se référer aux usages professionnels ou aux usages du commerce.

Il peut aussi s'agir d'usages résultant d'une pratique commune aux deux parties telles les « pratiques comparables » auxquelles le juge se réfère lorsqu'il est appelé à moduler les pénalités contractuelles.

On observera que les usages ici en cause sont issus dans la plupart des cas des pratiques des opérateurs et non de celles des adjudicateurs.

La question a été posée de savoir si les « règles de l'art » appartiennent à la sphère des usages. Comme pour l'usage, la normativité des règles de l'art résulte de leur appropriation par le juge, mais il paraît difficile d'assimiler les deux notions, au moins quand la règle de l'art présente un caractère technique. En ce cas, en effet, l'élément matériel n'est pas constitué par la généralité d'une pratique, mais par un donné technique.

Mais l'intérêt de ce colloque a été d'identifier au-delà de la jurisprudence des usages *lato sensu*.

À plusieurs reprises il a été fait référence à une définition de l'usage qui a été donnée par un arrêt du Conseil d'État du 6 juillet 1994, rendu en matière fiscale.

L'usage est défini comme une pratique caractérisée par son ancienneté, sa fréquence, ou sa généralité et regardée comme normale dans un secteur d'activité. Le Conseil d'État fait ici référence à la normalité que l'on retrouve à la base d'autres notions comme celle de *standard*.

Un des intervenants a aussi évoqué l'évidence, en vertu de laquelle s'imposeraient certaines pratiques.

La définition comporte un élément corporatif : l'usage existe dans un secteur déterminé, mais on peut admettre l'existence d'une communauté de l'achat public.

A priori le droit de la commande publique est peu réceptif à l'usage même pris au sens large étant donné l'importance de la réglementation, importance de plus en plus grande puisque des aspects de l'achat public, qui ont relevé auparavant de pratiques gestionnaires, sont aujourd'hui appréhendés par le droit (passation des concessions, pondération des critères, méthode de notation, définition du besoin etc.).

Mais, au-delà de l'*a priori*, il y a place pour l'usage *lato sensu*.

Il existe d'abord des usages *contra legem*.

Certaines pratiques sont fréquentes, générales et considérées comme normales en dépit de leur illégalité.

On peut citer la pratique du localisme. Pour de nombreux élus locaux, il serait irresponsable d'aller chercher des prestataires en dehors de leur territoire.

Une autre pratique très répandue semble être en danger, celle des « trois devis ». Les articles R. 2122-1 à R. 2122-11 CCP permettent de passer certains marchés sans publicité et mise en concurrence préalables, mais, a-t-il été soutenu, à partir du moment où l'acheteur demande trois devis il s'inscrit volontairement dans le cadre de la procédure adaptée et doit donc respecter les règles applicables à celles-ci¹.

¹ Cf. C. Vaysse « Pour en finir avec les trois devis », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 35, 2 septembre 2024, 2233. La question a été soulevée à propos d'un jugement du tribunal administratif de Strasbourg qui n'est, cependant, pas

De nombreux autres usages restent dans le cadre du droit tout en ayant pour but d'en faciliter l'application soit au stade de la formation du contrat, soit au stade de son exécution.

Au stade de la passation, les pratiques constitutives d'usages *lato sensu* émanent du milieu des acheteurs. Citons l'habitude d'établir un règlement de consultation ou celle de demander un « mémoire technique ».

C'est également un usage de se référer aux modèles de cahiers des charges qui ne sont pas obligatoires, même quand ils ont été approuvés par arrêté ministériel (art. R. 2112-2 CCP). La référence à des modèles de cahiers des charges élaborés dans les années 1980 par les services de l'État et annexés à des circulaires est souvent inconsciente, résultant de ce que les rédacteurs de contrats s'inspirent de contrats en cours qui, eux-mêmes, ont repris un modèle oublié.

Ces usages ne sont pas normatifs dans la mesure où la pratique est facultative, mais ils peuvent avoir pour objet d'imposer des obligations : le respect du règlement de consultation quand il existe est obligatoire, le cahier des charges, dès lors qu'il y est fait renvoi, a valeur contractuelle.

Au stade de l'exécution et de la fin du contrat de nombreuses pratiques ont été identifiées au cours du colloque concernant les modifications, les pénalités, les opérations de réception ou de fin de concession.

Le plus souvent il s'agit d'apporter des assouplissements aux règles générales ou aux stipulations contractuelles trop formalistes. Ces pratiques peuvent se juxtaposer à la règle de droit sans y contrevenir ; elles sont communes aux deux parties, ce qui met l'accent sur l'aspect consensuel de l'usage.

Ce colloque a fait prendre conscience de la place importante des usages dans la vie du contrat de la commande publique et on se doute qu'à côté des nombreux exemples qui ont été donnés, des études de cas feraient apparaître d'autres aspects du sujet. Ainsi, il existe probablement des usages spécifiques à tel ou tel secteur de l'administration acheteuse (hôpitaux, éducation, défense...).

significatif dans la mesure où la collectivité avait expressément indiqué qu'elle ferait application du code de la commande publique pour apprécier les offres (TA Strasbourg 16 mai 2024 Soc. Ingevo, 2108389).

Mais dans tous les cas il apparaît que les usages ont deux sortes de fonctions : compléter la réglementation et le contrat, d'une part, et, d'autre part, en faciliter la mise en œuvre (sous réserve de l'usage *contra legem* !).



INSTITUT DES USAGES

QUI SOMMES NOUS ?

L'Institut des usages est une association de droit privé établie à la Faculté de Droit de Montpellier.

L'Institut comprend universitaires, avocats, juristes d'entreprise, notaires et magistrat.

L'Institut promeut cette part du Droit non-écrit que sont les usages définis comme des pratiques généralisées dans des communautés et dotées à ce titre d'une force juridique.

QUE FAISONS NOUS ?

- **Actualisation du site «*institutdesusages.com*»** référençant recueils d'usages, jurisprudence, articles et vidéos en matière de Droit des usages, ...
- **Publications** : chroniques d'actualité (JCP Entreprise, Revue de Jurisprudence Commerciale), Dossiers thématiques (*Usages et Contrats, Les usages en matière financière, ...*) et ouvrages (*Les usages : l'autre Droit de l'Entreprise ; Customary Law Today ; Droit des usages, Le Droit des usages pétroliers transnationaux, Les principes en Droit de l'entreprise ...*) notamment dans la Collection « Droit des usages ».
- **Conduite de projets** : *Valoriser les usages* (Montpellier Université d'Excellence de 2017 à 2021) ; Coutumes d'Occitanie d'Aujourd'hui (lauréat du vote citoyen 2021).
- **Conférences** : *Les usages de l'agro-alimentaire ; Propriété et ordre juridique coutumier, Customs and the Courts,...*
- **Consultations** : Délivrance d'avis, certificats de coutume, rapports.
- **Certificats** : Cours (en français, anglais et allemand) à l'attention de professionnels et d'étudiants (Certificat de Droit des usages disponible en ligne).
- **Elaboration de coutumiers de famille, de coutumiers d'entreprises, mise à jour et audit de recueils d'usages.**
- **Mise à disposition d'une marque et du label coutumier « *Coutumes d'aujourd'hui Occitanie* ».**

NOUS CONTACTER ?

Pour toute question juridique en matière d'usages :
institutdesusages@gmail.com

ou

Pr. Pierre Mousseron, Président de l'Institut des usages
Faculté de Droit de Montpellier, 39 Rue de l'Université, 34000 Montpellier

Définis comme des pratiques généralisées dans un secteur d'activité et dotées d'une force normative, les usages existent dans le Droit pourtant très écrit de la commande publique.

Issues d'un colloque organisé à Lyon le 4 octobre 2023 par la Chaire de Droit des contrats publics et l'Institut des usages, les contributions réunies dans le présent ouvrage illustrent le rôle que les usages peuvent jouer à l'instar de celui qui prévaut en Droit privé des contrats.

Avec les contributions de :

Mathias Amilhat, Thierry Amselek, Aurélie Brès, Fabrice Cazaban, Clarisse David, Pascale Deumier, Olivier Giannoni, Pascale Gonod, Isabelle Hasquenoph, Sophie Jeannot, François Lichère, Frédéric Lombard, Pierre Mousseron, Arnaud Raynouard, Laurent Richer, Anna-Maria Smolinska, Cynthia Vasselle.

Prix : 40 €

ISBN : 978-2-9591245-2-5

