

Que faut-il attendre de la réforme en cours des CCAG ?

Différents groupes de travail plangent actuellement sur la nouvelle version des CCAG dont la publication est prévue d'ici l'automne en vue d'une entrée en vigueur début 2021. Que peut-on attendre de cette refonte des CCAG au-delà de leur modernisation et de leur toilettage ?

La Direction des affaires juridiques de Bercy⁽¹⁾ a entrepris depuis le mois de mai 2019 une réforme des cahiers des clauses administratives générales. Partant du constat que le nouveau Code de la commande publique était entré en vigueur depuis le 1^{er} avril précédent, après deux ans d'un travail qui avait associé l'ensemble des acteurs de la commande publique, il convenait de poursuivre le chantier de simplification et de modernisation du droit de la commande publique en procédant à la révision de l'ensemble des cahiers des clauses administratives générales (CCAG) qui n'avaient pas, pour l'essentiel, été réformés depuis l'année 2009.

Un toilettage nécessaire

Il est vrai, qu'après l'entrée en vigueur du Code de la commande publique, ces CCAG ont besoin d'être toilettés pour les adapter à la nouvelle nomenclature des articles du code et les références et termes utilisés dans les CCAG d'être mis à jour (références à la loi sur la maîtrise d'ouvrage, la loi sur la sous-traitance, les délais de paiement, etc.). De même, il convient de les adapter à la dématérialisation qui connaît un nouveau développement et une nouvelle ampleur depuis le 1^{er} octobre 2018. En effet, comme le faisait observer le questionnaire de la DAJ de Bercy, envoyé à ses correspondants en mai 2019, s'il existe une obligation de dématérialisation depuis le 1^{er} octobre 2018 dans le cadre de la procédure de passation des marchés, aucun texte n'impose, pour l'instant, la dématérialisation du contrat lui-même ou la transmission par voie électronique des informations ou documents en cours d'exécution, hormis la facturation électronique. On sait, en effet, que la base Chorus pro impose l'émission des factures par voie électronique,

Auteur

Eric Spitz
Avocat of Counsel
Earth Avocats

Mots clés

Avances • Clauses incitatives • Développement durable
• Marchés de maîtrise d'œuvre • MARD • Mémoire en réclamation • Ordre de service • Pénalités • Retenue de garantie

(1) L'auteur du présent article remercie M. Benoît Dingremont, sous-directeur de la commande publique (DAJ) et ses équipes, d'avoir bien voulu répondre à ses questions.

lorsqu'elles émanent des cocontractants des administrations publiques.

On pourrait donc attendre d'une réforme des CCAG qu'elle étende la dématérialisation aux actes d'exécution des marchés publics, comme les ordres de service, les bons de commande, les demandes de paiement, l'établissement du DGD et les réclamations qui suscitent beaucoup de contentieux.

On pourrait ajouter, également, que l'entrée en vigueur du règlement général sur la protection des données (RGPD) du Parlement et du Conseil européen du 27 avril 2016 rend caduques certaines des dispositions des CCAG et notamment celles qui imposaient au pouvoir adjudicateur d'effectuer les déclarations et d'obtenir les autorisations administratives nécessaires à l'exécution des prestations prévues par les documents particuliers du marché (par exemple l'article 5.2.3 du CCAG FCS). À cet égard on pourrait attendre d'une réforme des CCAG qu'elle prenne en compte les recommandations de la CNIL et le clausier type qu'elle a élaboré⁽²⁾.

On pourrait donc répondre simplement à la question posée, - que peut-on attendre de la réforme en cours des CCAG -, en disant qu'ils doivent être adaptés et modernisés pour tenir compte de l'important travail de codification de la commande publique qui a été réalisé, de la dématérialisation qui s'est imposée et de l'impact de règlements européens de plus en plus prégnants.

Dans cette même optique de modernisation et de rationalisation on pourrait souhaiter - et c'est l'un des objectifs de la réforme - qu'il y ait une certaine harmonisation entre les différents CCAG. On sait en effet qu'à l'heure actuelle, les cinq CCAG disponibles (travaux, fournitures et services, prestations intellectuelles, marchés industriels et techniques de l'information et des communications) ont un certain nombre de clauses communes et des clauses propres à chacun.

Il aurait pu être tentant d'élaborer un tronc commun aux cinq CCAG. C'est d'ailleurs ce qu'envisageait le questionnaire de la DAJ de Bercy en demandant si on pouvait regrouper l'ensemble des stipulations similaires dans un « tronc commun » selon des modalités qui permettraient de ne pas rompre la cohérence et la logique chronologique de chaque CCAG. Après la consultation, le ministère y a clairement renoncé, préférant harmoniser le vocabulaire et les notions communes dans chacun des CCAG.

Un sixième CCAG MOE ?

Toujours dans l'optique de la modernisation et de la rationalisation des CCAG, le questionnaire de la DAJ de Bercy envisageait très explicitement (question 61) la création d'un CCAG spécifique à la maîtrise d'œuvre. Le ministère a acté la création d'un sixième CCAG qui était demandé depuis longtemps par l'ordre des architectes

qui avait regretté que les spécificités de ces marchés n'aient pas donné lieu à un CCAG distinct du CCAG PI (prestations intellectuelles).

Certes, ce CCAG MOE devrait être très rigoureusement coordonné au CCAG Travaux et notamment pour le processus de paiement puisque c'est le maître d'œuvre qui valide les décomptes mensuels et finaux prévus au CCAG Travaux. Ce sont aussi les maîtres d'œuvre qui sont en charge du contrôle, par leur visa, des factures liées aux marchés de travaux et qui doivent, comme on l'a dit ci-dessus, respecter le circuit imposé par Chorus Pro.

Pour l'élaboration de ce nouveau CCAG MOE, le ministère est parti, comme base de travail, du document publié en 2010 par la Mission interministérielle pour la qualité de la construction publique (MIQCP) qui offrait une alternative entre une adaptation du CCAG PI avec un certain nombre de dérogations et un CCAG MOE spécifique aux marchés de maîtrise d'œuvre. Et au fond, depuis 2010, les maîtres d'ouvrage se réfèrent en principe au CCAG PI « en y apportant des dérogations pour prendre en compte la réglementation applicable aux marchés de maîtrise d'œuvre ou encore les règles de l'art qui ne sont pas toujours en adéquation avec l'approche généraliste du CCAG PI ». Le questionnaire de la DAJ de Bercy mentionnait par exemple les clauses sur les ordres de service, les délais, ou le régime des pénalités. On pourrait donc attendre d'un CCAG MOE spécifique, un document qui soit plus favorable au titulaire du contrat de maîtrise d'œuvre que le CCAG PI et qui exclurait par exemple la possibilité pour le maître d'ouvrage d'interrompre les prestations à la fin d'une phase sans aucune indemnité (article 20 du CCAG PI) ; ou bien que les délais dont dispose le maître d'œuvre pour faire des observations sur la réfaction de ses prestations, lors de la réception, soient allongés par rapport à ceux prévus par le CCAG PI.

Dans la proposition de CCAG MOE de 2010, la MIQCP avait supprimé ce qu'il est convenu d'appeler l'option B du CCAG PI, c'est-à-dire celle qui permet de céder l'ensemble des droits intellectuels au maître d'ouvrage pour ne laisser subsister que l'option A, celle du régime de concession des droits, bien plus favorable au titulaire du marché. Le document de 2010 avait également organisé une procédure contradictoire entre le maître d'œuvre et le pouvoir adjudicateur en cas de rejet des prestations.

En principe, la DAJ de Bercy devrait soumettre, dans la deuxième quinzaine de février 2020, à la consultation de ses correspondants son projet de CCAG MOE et on pourra se rendre compte, à ce moment, si ces modifications, au profit du maître d'œuvre, sont retenues ou non. Il est certain, en tout cas, qu'il faut trouver un équilibre entre les parties et qui, par un retour de balancier, ne soit pas trop défavorable à l'acheteur, notamment sur les droits de propriété intellectuelle des études.

(2) RGPD : Guide du sous-traitant, sept. 2017.

Améliorer et rééquilibrer les relations contractuelles

Au-delà de cette modernisation nécessaire, la Secrétaire d'État auprès du ministre de l'Économie et des Finances, Mme Agnès Pannier-Runacher, a indiqué au mois de septembre 2019 quelles étaient les lignes directrices de cette réforme en cours : elle a souhaité que celle-ci favorise l'accès des PME aux marchés publics en améliorant les conditions d'exécution financière des contrats, qu'elle promeuve le développement durable dans les marchés publics par l'inclusion de clauses relatives à l'insertion de travailleurs en difficultés ou encore de clauses relatives à la gestion des déchets et enfin qu'elle rééquilibre les relations contractuelles notamment en privilégiant le dialogue entre les parties et en veillant au respect du principe du contradictoire avant toute décision prise à l'encontre du cocontractant.

On discerne bien dans cette ambition de la ministre, le fait que les CCAG ne sont pas de simples documents techniques comme pourrait le laisser penser leur définition à l'article R. 2112-2 du Code de la commande publique (ci-après CCP) mais bien plutôt des instruments de politiques publiques. Ce qui, à notre sens, veut dire plusieurs choses. En premier lieu, rééquilibrer et sécuriser les relations entre les pouvoirs adjudicateurs et ses cocontractants. En effet, si on veut faire en sorte que la commande publique soit un véritable levier du développement économique dans notre pays, il convient de faciliter l'accès de toutes les entreprises aux marchés publics, y compris les TPE et les PME ; et, pour cela, sinon mettre fin, du moins aménager les rapports sensiblement déséquilibrés entre l'administration et les entreprises. On sait qu'il demeure dans l'empire des marchés publics des clauses qui sont plus favorables aux acheteurs et qui traduisent en quelque sorte les grands principes traditionnels des contrats administratifs, rappelés à l'article 6 du CCP, qui permettent à l'autorité contractante d'exercer un pouvoir de contrôle sur l'exécution du contrat, de faire respecter le principe de continuité du service public, d'obliger le cocontractant à poursuivre l'exécution du contrat malgré un événement qui en bouleverse l'économie, de modifier unilatéralement le contrat, et de le résilier tout aussi unilatéralement, pour un motif d'intérêt général, dont les praticiens savent bien qu'il n'est pas toujours difficile à concevoir et rédiger.

Valoriser les ordres de service

La révision des CCAG doit donc être l'occasion de rééquilibrer les relations contractuelles dans le sens de ce qui a été déjà fait dans la loi PACTE du 22 mai 2019 par l'introduction d'un nouvel article L. 2194-3 (CCP) qui prévoit que toutes les prestations supplémentaires ou modifications demandées par un acheteur dans un marché public de travaux doivent faire l'objet d'une contrepartie permettant une juste rémunération du titulaire. Une telle disposition proscriit maintenant les ordres de service (OS), qu'on appelait à « zéro euro ». Cela veut dire concrètement qu'il faut réviser les clauses 14.1 du CCAG travaux (ordre de service modificatif pour lesquels

il n'y a pas prix) et 15.2.1 (qui oblige le titulaire à mener à son terme les travaux, quelle que soit l'augmentation demandée de leur masse).

En outre, et comme la DAJ de Bercy l'envisageait à la question 24 de son questionnaire, on peut juger opportun d'étendre à l'ensemble des marchés publics, l'obligation de valoriser les ordres de service.

Mieux encadrer l'application des pénalités

La question des pénalités de retard en matière de marchés publics est aussi un indice du déséquilibre marqué entre l'administration et ses cocontractants. Elles ont pour finalité de garantir à l'acheteur le respect par son cocontractant des stipulations contractuelles. Elles ont donc une fonction dissuasive mais aussi de réparation du préjudice car elles peuvent se substituer à d'éventuels dommages et intérêts. Mais les CCAG actuels ne prévoient pas que l'acheteur adresse une mise en demeure préalable au titulaire avant de lui infliger de manière unilatérale des pénalités de retard. L'article 20.1 du CCAG Travaux est parfaitement clair à cet égard puisqu'il stipule que « les pénalités sont encourues du simple fait de la constatation du retard par le maître d'œuvre ». C'est donc une prérogative de puissance publique mais on peut douter légitimement que ce soit un instrument véritablement adapté à la gestion au jour le jour du contrat. Dans sa volonté d'instaurer plus de dialogue et de confiance entre les partenaires de l'achat on peut s'attendre à ce que la DAJ de Bercy retienne la mise en place d'une procédure contradictoire qui permette au titulaire d'expliquer en quoi et pourquoi il est en retard et par exemple en quoi celui-ci ne lui serait pas imputable. De plus, la question du montant des pénalités de retard a toujours fait débat dans la mesure où il pourrait être dissuasif pour les candidats aux marchés publics ou de nature à en renchérir le coût si les candidats, anticipant celles-ci, les intégraient par avance dans leur prix. Le juge administratif, après avoir adopté longtemps une position sévère, en refusant d'appliquer l'article 1152 du Code civil qui permet de réduire les pénalités prévues contractuellement, a effectué un virage complet en acceptant de s'inspirer de cet article pour modérer ou augmenter les pénalités lorsqu'elles sont manifestement excessives ou dérisoires, eu égard au montant du marché⁽³⁾. Au regard de cette jurisprudence, la question 23 de la DAJ de Bercy prend tout son sens : « vous semble-t-il opportun de prévoir contractuellement un plafonnement du montant des pénalités de retard ? » et anticipe peut être une clause des CCAG en ce sens.

Préciser le contenu du mémoire en réclamation et l'établissement du DGD

On peut s'attendre également à ce que la réforme des CCAG prolonge le mouvement de sécurisation des contrats qui avait été amorcé en 2009 et particulière-

(3) CE 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, req. n° 296930.

ment s'agissant de l'établissement du décompte général et définitif (DGD) puisque seuls les CCAG traitent de ces questions de règlement financier qui ont évidemment une importance canonique pour les entreprises.

On sait, en effet, que lorsqu'un différend survient entre une entreprise titulaire d'un marché public et la personne publique, le mémoire en réclamation joue un rôle central par la suite dans l'établissement du décompte général et définitif^[4]. Il se trouve qu'il y a une jurisprudence abondante et assez sévère sur le contenu du mémoire en réclamation qui mériterait, à défaut d'être adoucie, d'être au moins codifiée pour sécuriser la rédaction de ces mémoires en réclamation. Par exemple dans l'arrêt du 3 octobre 2012^[5], le Conseil d'État a considéré qu'il n'avait pas affaire à un vrai mémoire en réclamation faute pour l'entreprise d'avoir indiqué la base de calcul des sommes qu'elle réclamait ; de même, dans l'arrêt du 26 avril 2018^[6], le Conseil d'État a jugé qu'un mémoire en réclamation devait comporter « l'énoncé d'un différend, exposer de façon précise et détaillée les chefs de la contestation en indiquant, d'une part, les montants des sommes dont le paiement est demandé et, d'autre part, les motifs de ces demandes, notamment les bases de calcul des sommes réclamées ». En l'espèce le courrier en réclamation, s'il détaillait le montant des prestations dont les sociétés demandaient l'indemnisation et les motifs de cette demande, il ne comportait pas l'énoncé d'un différend. Par conséquent il ne pouvait être considéré comme un vrai mémoire en réclamation.

Cette jurisprudence sévère et constamment réitérée mériterait au moins d'être explicitée dans les CCAG de manière à ce que les mémoires en réclamation et l'établissement du DGD ne soient pas un rébus inintelligible pour les partenaires de l'administration. Et ce, d'autant plus que le DGD, en vertu de son unicité et de son intangibilité, met fin aux relations contractuelles entre les parties et qu'il fige leurs droits et obligations. À cet égard, et s'agissant cette fois des acheteurs, la jurisprudence a pu être particulièrement sévère. En effet, l'important arrêt *Centre hospitalier de Versailles*^[7] du Conseil d'État a jugé « que si le maître d'ouvrage notifie le décompte général d'un marché public de travaux, alors même que des réserves relatives à l'état de l'ouvrage achevé n'ont pas été levées et qu'il n'est pas fait état des sommes correspondant à la réalisation des travaux nécessaires à la levée des réserves au sein de ce décompte, le caractère définitif de ce dernier a pour effet de lui interdire toute réclamation correspondant à ces sommes, même si un litige est en cours devant le juge administratif ».

Par conséquent, eu égard à l'importance du contenu du mémoire en réclamation et à celle de l'établissement du DGD, pour les titulaires de marchés d'une part et pour les acheteurs d'autre part, on peut attendre de la

réforme des CCAG qu'elle codifie au moins ces jurisprudences de manière à ce que les acteurs de la commande publique sachent, à l'avance, ce qu'ils doivent faire. Dans les six propositions de la DAJ pour prévenir les litiges^[8], le point 3 propose de préciser le contenu du mémoire en réclamation car la DAJ reconnaît l'inconvénient d'imposer un formalisme excessif notamment dans la phase pré-contentieuse. En revanche, la DAJ propose d'intégrer dans les CCAG la définition jurisprudentielle du mémoire en réclamation pour sécuriser les opérateurs en cas de phase contentieuse. De même au point 4, la DAJ propose d'instaurer un point de départ clair au délai de deux mois laissé au titulaire du marché pour présenter un mémoire en réclamation.

Renforcer les modes de règlement amiable des différends (MARD)

L'ensemble de ces aménagements serait particulièrement bien venu et la DAJ confirme qu'elle est attachée à essayer de prévenir les différends entre les parties de manière à éviter les contentieux dont on a vu qu'ils peuvent être dirimants parfois pour les acheteurs et, souvent, pour les titulaires de marchés. C'est la raison pour laquelle l'idée de développer les modes amiables de règlement des différends (MARD) tient une bonne place dans le questionnaire de Bercy au point 25. Certes, c'est une très vieille antienne reprise régulièrement depuis 1993 et 2011 dans des rapports du Conseil d'État. Mais la résolution amiable des différends a connu une entrée inédite dans le Code de la commande publique, en partie L.^[9] en introduisant la conciliation et la médiation, la transaction et timidement l'arbitrage, dont on sait qu'il était interdit par l'article 2060 du Code civil aux personnes publiques. Les articles en partie R.^[10] détaillent le rôle des comités consultatifs de règlement amiable des différends (CCRA). Aujourd'hui seul le CCAG Travaux contient des dispositions sur les CCRA à l'article 50.4 et sur la conciliation et l'arbitrage à l'article 50.5. On peut donc s'attendre à ce que la réforme des CCAG soit l'occasion d'étendre ces dispositions dans les autres CCAG.

Faire des CCAG des instruments de politique publique

Dans la droite ligne de ce que demandait Mme la ministre Agnès Pannier-Runacher, on peut s'attendre à ce que la réforme des CCAG contienne des dispositions qui permettent d'assurer l'accès des TPE/PME à la commande publique. Une des manières de renforcer l'attractivité des marchés pour ces petites entreprises est d'améliorer singulièrement les conditions d'exécution financière des marchés publics telles qu'elles sont prévues aux CCAG.

On peut être sûr que le Guide pratique pour faciliter l'accès des TPE/PME à la commande publique de l'observa-

[4] CCAG travaux, art. 13.44 et 50, pour le CCAG-PI l'article 40.1 et pour les fournitures et services l'article 34.1

[5] CE 3 octobre 2012, req. n° 349281.

[6] CE 26 avril 2018, req. n° 407898.

[7] CE 20 mars 2013, req. n° 357636.

[8] Voir site achatpublic.info, 21 octobre 2019.

[9] CCP, art. L. 2197-1 et s.

[10] CCP, art. R. 2197-1 et s.

toire économique de la commande publique⁽¹¹⁾ va servir de référence pour les dispositions qu'on pourrait retrouver dans les CCAG, nouvelle mouture. Dans la partie 3 de ce Guide sur le « suivi d'exécution du marché », il suffit de regarder les différentes fiches, la 11 sur le versement des avances proportionnées, la 12 sur la détermination et le contrôle du niveau d'assurance, la 13 sur le respect des délais de paiement, la 14 sur le suivi conjoint d'exécution (pénalités, recours aux clauses incitatives, recours aux clauses de réexamen), pour anticiper ce que pourraient être les nouvelles clauses des CCAG à venir.

Les avances

Il est certain, par exemple, que le versement d'une avance est de nature à faciliter l'accès aux marchés publics des PME qui ne disposent souvent pas d'une trésorerie suffisante pour commencer l'exécution des prestations. Mais comme aux termes de l'article R. 2190-10 du Code de la commande publique ce sont les clauses du contrat qui précisent les conditions du versement de l'avance et son taux, on pourrait parfaitement imaginer de prévoir dans les CCAG, un dispositif supplétif faisant application par défaut du taux minimal prévu par le code. On peut aussi imaginer que la réforme des CCAG permette d'étendre aux marchés des collectivités locales et de leurs établissements publics, les dispositions prévues pour les marchés publics de l'État qui permettent de fixer le taux d'avance à 20 % lorsque le titulaire du marché est une PME⁽¹²⁾. On peut même imaginer, comme le suggérait la DAJ, d'introduire dans les CCAG des taux d'avance supérieurs à ce que prévoit la réglementation pour attirer plus d'offres quitte à ce que les CCAP permettent de déroger à ces taux, sans toutefois descendre en dessous des taux prévus par la réglementation.

La retenue de garantie

S'agissant de la retenue de garantie, elle est également susceptible de faire peser sur les entreprises et en particulier les TPE/PME d'importantes contraintes de trésorerie. Le décret du 24 décembre 2018⁽¹³⁾ a diminué de 5 % à 3% le taux maximal de retenue de garantie pour les marchés publics de l'État conclus avec des PME. Là encore, on pourrait imaginer que les CCAG retiennent des taux de garantie inférieurs aux taux réglementaires quitte à ce qu'il y soit dérogé dans le CCAP pour revenir au taux réglementaire. Toujours s'agissant de la garantie, la libération tardive de la retenue de garantie a fait l'objet de critiques récurrentes de la part des titulaires de marchés publics. On pourrait parfaitement imaginer que les CCAG prévoient des délais plus courts de remboursement que ceux qui sont fixés actuellement à

trente jours par l'article R. 2191-35 du CCP, à compter de la date d'expiration du délai de garantie.

Le retour des clauses incitatives ?

Enfin, et sans être exhaustif bien entendu, la DAJ de Bercy prévoyait dans son questionnaire la possibilité de reprendre dans les CCAG les clauses incitatives dans les marchés publics qui figuraient dans le décret du 25 mars 2016 aux fins de permettre « d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations et de réduire les coûts de production » et qui n'ont pas été reprises dans le Code de la commande publique. Certes les CCAG comprennent déjà des stipulations relatives aux primes pour réalisation anticipée des prestations mais elles pourraient faire l'objet d'une généralisation et comprendre d'autres items comme la performance, la qualité des prestations ou la réduction des coûts de production.

Promouvoir le développement durable

On a vu que Mme la Secrétaire d'État auprès du ministre des Finances avait fixé comme un des objectifs de la réforme des CCAG qu'elle promeuve le développement durable dans les marchés publics par l'inclusion de clauses sociales (insertion de travailleurs en difficulté) et environnementales (insertion de clauses relatives à la collecte, le recyclage et la valorisation des déchets).

Le questionnaire de la DAJ de Bercy à son point 2.1.4 consacrait toute une partie à la commande publique comme soutien du développement durable. Il est vrai que le CCP permet déjà de tenir compte, dans les conditions d'exécution, de considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social, à l'emploi ou à la lutte contre les discriminations⁽¹⁴⁾. Elles peuvent concerner par exemple l'insertion d'un public éloigné de l'emploi, le recours à des structures employant des travailleurs handicapés ou encore la collecte ou le recyclage de déchets afin de les valoriser. Aujourd'hui seul le CCAG travaux comprend des dispositions sur la valorisation des déchets (article 36) ainsi que la lutte contre le travail dissimulé (art. 35.5).

On pourrait donc s'attendre à ce que la réforme des CCAG soit l'occasion de donner une nouvelle impulsion à ces clauses environnementales et sociales auquel la société est particulièrement sensible.

La DAJ de Bercy confirme qu'elle réfléchit de longue date avec les différents services de l'État, le ministère du travail et principalement la Direction des achats de l'État, pour envisager dans quelles conditions inscrire ces clauses environnementales et sociales dans les CCAG. Car, en effet il n'est pas très facile de les inclure dans la mesure où le texte même des articles L. 2112-2

[11] OEPC, version juin 2019. En ligne sur le site de la DAJ de Bercy.

[12] CCP, art. R. 2197-7, 3^e alinéa issu du décret n° 2018-1225 du 24 décembre 2018.

[13] Codifié à l'article R. 2191-33 du CCP.

[14] CCP, art. L. 2112-2. Article directement issu de la transposition des articles 70 et 87 des directives 2014/24 et 2014/25 de l'UE

et L.2152-7 du CCP dispose que ces clauses doivent être liées à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution.

La jurisprudence actuelle du Conseil d'État, dans un arrêt remarqué *Nantes Métropole*^[15], ne permet pas, en tout cas, de retenir comme critère de sélection des offres à hauteur d'une pondération de 15 % la notion de performance en matière de responsabilité sociale décomposée en cinq sous-critères relatifs à la « protection de l'environnement », aux « aspects sociaux », aux « aspects sociétaux », à la « performance économique durable » ainsi qu'aux « aspects gouvernance » des entreprises candidates. Il a estimé que le juge des référés n'avait pas dénaturé les pièces du dossier en considérant que « le critère de « performance en matière de responsabilité sociale » ne concerne pas seulement les conditions dans lesquelles les entreprises candidates exécuteraient l'accord-cadre en litige mais porte sur l'ensemble de leur activité et a pour objectif d'évaluer leur politique générale en matière sociale, sans s'attacher aux éléments caractérisant le processus spécifique de réalisation des travaux d'impression prévus par le contrat ».

Ce qui revient à souligner la contrainte forte qu'exerce la notion de « clauses liées à l'objet du marché » parce que celles-ci ne peuvent pas se résumer à évaluer en général la politique d'une entreprise candidate sans s'attacher à déterminer comment cette politique générale est susceptible de s'appliquer à l'exécution d'un marché en particulier.

Donc on voit bien comment des clauses relative au développement durable pourraient figurer dans les CCAG pour inciter les soumissionnaires à prendre en compte un comportement écoresponsable, mais les acheteurs

devraient aussi pouvoir y déroger dans leur CCAP quand l'objet de leur marché se prête difficilement à la mise en œuvre d'une telle condition d'exécution. Ce qui voudrait dire également que le CCAP de chaque marché particulier devrait prévoir une clause récapitulative des dérogations aux CCAG.

Conclusion

On peut donc attendre de la refonte des CCAG au-delà de leur modernisation et de leur toilettage qu'ils fluidifient et améliorent les relations contractuelles entre les cocontractants des marchés publics de manière à ce que les marchés publics soient plus attractifs, suscitent plus d'offres et moins de litiges. Que la réforme implique un rééquilibrage des relations contractuelles particulièrement au bénéfice des titulaires des marchés, sans pourtant remettre en cause le régime exorbitant du droit commun des contrats, qui permet aux acheteurs de faire prévaloir en toutes circonstances l'intérêt public.

On peut s'attendre à ce que cette remise en chantier évite les trop nombreux litiges issus de l'exécution des marchés ou du moins mettent en place les mécanismes amiables qui permettent de les résoudre.

Enfin, on voit bien que cette remise en chantier pourrait être l'occasion de redonner un nouveau souffle au nécessaire accès des petites et moyennes entreprises aux marchés en améliorant les conditions financières de l'exécution des marchés de manière à ce que leur trésorerie ne fasse pas les frais de l'exécution de marchés publics.

Last but not least, on peut ambitionner que l'exécution des marchés donne une nouvelle dimension au développement durable. C'est certainement ce qui est le plus souhaité par le public mais aussi le plus difficile à inscrire dans les textes.

[15] CE 25 mai 2018, req. n° 417580.