



Commande publique

Marchés de substitution, pénalités et résiliation pour faute: le Conseil d'Etat fait le point

L'entreprise qui fait défaut dans l'exécution de ses prestations s'expose à un ensemble de sanctions, selon des modalités que la jurisprudence affine.

Par **Timothée Bassi**, avocat of counsel, Symchowicz Weissberg & Associés, avocats.

Par une décision du 18 décembre dernier, le Conseil d'Etat revient sur les mesures applicables à un marché public qui n'est pas exécuté conformément à ses stipulations (CE, 18 décembre 2020, n° 433386, mentionné aux tables du recueil Lebon). A cet égard, il précise notamment les conditions de conclusion de marchés de substitution aux frais et risques du titulaire, et l'articulation de cette mesure avec d'autres sanctions telles que les pénalités et la résiliation pour faute.

Début 2004, une CCI a conclu avec une entreprise un marché public ayant pour objet la fourniture d'une grue et sa mise en service au plus tard en décembre 2004. Cependant, la réception provisoire n'a pu avoir lieu qu'en avril 2007, et la mise en service n'a pas pu être réalisée en raison de dysfonctionnements qui n'ont jamais été repris malgré plusieurs mises en demeure. Fin 2007, la CCI a donc notifié à la société sa décision de

faire procéder à l'exécution du marché à ses frais et risques par un autre prestataire. Elle a conclu un premier marché de substitution portant sur une mission d'expertise technique de la grue, puis un second pour des travaux de remise en état de fonctionnement. Cependant, la grue n'a jamais pu être mise en service, de sorte qu'en 2012 la CCI a résilié pour faute le marché initial.

Le tribunal administratif de Rennes puis la Cour administrative d'appel (CAA) de Nantes ont été amenés à se prononcer sur une demande présentée par la CCI, tendant pour l'essentiel à la condamnation de la société à l'indemniser des préjudices résultant de la mauvaise exécution du marché initial. Le tribunal n'a condamné cette dernière qu'à hauteur de 239 775 euros TTC, mais la CAA a porté l'indemnisation à 918 236 euros TTC. L'affaire arrive devant le Conseil d'Etat, qui, à cette occasion, apporte d'utiles précisions.

La clarification du régime des marchés de substitution

Cette décision offre à la Haute juridiction administrative l'occasion de clarifier le régime des marchés de substitution, en complétant sa jurisprudence antérieure.

Faculté de substitution. D'abord, elle confirme que les principes précédemment dégagés en matière de marchés publics de travaux (CE ass., 9 novembre 2016, n° 388806, publié au Recueil) sont applicables à l'ensemble des marchés publics, y compris en matière de fournitures et de services, et même plus globalement à l'ensemble des contrats administratifs (voir en matière de concessions : CE, 14 février 2017, n° 405157, publié au Recueil). Ainsi, l'acheteur qui a vainement mis en demeure son cocontractant d'exécuter les prestations qu'il s'est engagé à réaliser conformément aux stipulations du contrat, peut les faire exécuter, aux frais et risques de ce dernier, par un tiers. Cette faculté existe même dans le silence du contrat, et l'acheteur ne peut pas y renoncer contractuellement puisqu'il s'agit d'une règle d'ordre public. La mise en œuvre d'une telle mesure peut porter sur une partie seulement ou sur la totalité des prestations objet du contrat, mais, même dans le second cas, elle n'a pas en elle-même pour objet de mettre fin au contrat, et n'est pas subordonnée à la résiliation de ce dernier.

Droit de suivi. Ensuite, le Conseil d'Etat apporte des indications supplémentaires, dont on peut penser, au regard de la formulation adoptée, qu'elles devraient également concerner l'ensemble des contrats administratifs. Premièrement, le titulaire initial peut, d'une part, contester la conclusion de marchés de substitution par l'acheteur, d'autre part, il doit être mis à même de suivre les opérations exécutées par le titulaire de ces marchés afin de pouvoir veiller à la sauvegarde de ses propres intérêts - ce qui avait déjà été jugé sur le fondement de stipulations contractuelles expresses, mais pas au titre de principes généraux (CE, 9 juin 2017, n° 399382, mentionné au Recueil).

Deuxièmement, le Conseil d'Etat précise que la circonstance que les marchés de substitution n'auraient pas permis de réaliser avec succès les prestations attendues ne saurait, en elle-même, dispenser le titulaire d'en supporter la charge. En l'espèce, il ne pouvait être reproché à la CAA de ne pas avoir recherché si les dépenses liées à ces marchés avaient été utiles pour permettre un fonctionnement satisfaisant de la grue.

L'articulation des différentes sanctions

Il peut arriver que la conclusion de marchés de substitution s'ajoute à des pénalités et/ou à une résiliation pour faute du marché initial. Tel était le cas en l'espèce, ce qui a amené le Conseil d'Etat à détailler les conditions d'articulation de ces différents types de sanction.

Silence du marché. Tout d'abord, le Conseil d'Etat revient sur les conditions de mise en œuvre d'une résiliation pour faute. Ainsi, dans le prolongement de sa jurisprudence antérieure (CE, 26 février 2014, n° 365546, mentionné au Recueil), il affirme que l'acheteur peut toujours prononcer la résiliation du marché aux torts exclusifs du titulaire lorsque celui-ci a commis une faute d'une gravité suffisante, quand bien même le marché ne contiendrait aucune clause à cet effet, ou ne prévoirait une telle mesure que pour certaines hypothèses étrangères au cas d'espèce. Ici, il estime que la livraison avec plus de

deux ans de retard d'une grue qui, en outre, n'a jamais pu être mise en service, constitue une faute d'une gravité suffisante. Par conséquent, la résiliation pour faute pouvait être prononcée, quand bien même cette hypothèse ne figurait pas parmi celles énumérées par le CCAG applicable.

Cumul. Ensuite, le Conseil d'Etat expose les conditions dans lesquelles la résiliation pour faute peut s'ajouter à des pénalités prononcées par l'acheteur. La circonstance que des retards dans l'exécution des prestations ont fait l'objet de pénalités n'empêche pas l'acheteur de prononcer ensuite la résiliation du marché pour faute, quand bien même ce retard ferait partie des motifs fondant la résiliation. En revanche, la Haute juridiction rappelle à toutes fins utiles qu'aucune pénalité de retard ne peut évidemment être prononcée pour la période postérieure à la résiliation (CE, 21 mars 1986, n° 46973, mentionné au Recueil).

Entier préjudice. Enfin, l'existence d'une faute d'une particulière gravité, qui fonde la résiliation du marché aux torts du titulaire, a aussi des conséquences sur les sommes supportées par celui-ci. Le Conseil d'Etat affirme que « lorsque, en dépit de la conclusion de marchés de substitution, l'objet du marché initialement conclu n'a pu être réalisé, du fait de graves défaillances du titulaire du marché initial, notamment dans la conception de l'équipement livré, la personne publique a droit à la réparation, par [ce dernier], de son entier préjudice, qui résulte de l'ensemble des frais exposés pour les différents marchés ». En cela, il valide la position de la CAA de Nantes, qui avait mis à la charge du titulaire initial le remboursement non seulement des marchés de substitution, mais aussi du premier marché (CAA Nantes, 21 juin 2019, n° 18NT02885).

Au total, l'inexécution de ses obligations par l'entreprise a donc des conséquences radicales, puisqu'en l'espèce celle-ci doit supporter des pénalités de retard, les frais liés aux marchés de substitution, la résiliation de son propre marché et le remboursement à l'acheteur des sommes payées à ce titre. ●

Ce qu'il faut retenir

- ▶ Le Conseil d'Etat, dans une décision du 18 décembre dernier, précise les mesures applicables lorsqu'un marché public n'est pas exécuté conformément à ses stipulations.
- ▶ Il confirme qu'en pareil cas, et pour tout type de contrat public, l'acheteur dispose de la faculté, après une vaine mise en demeure de son cocontractant, de conclure un marché de substitution. Et que le titulaire du marché initial devra en supporter la charge, quel que soit le succès dudit contrat de substitution.
- ▶ L'arrêt énonce les modalités d'articulation des différentes sanctions. Ainsi, l'acheteur peut toujours résilier le marché aux torts exclusifs du titulaire lorsque celui-ci a commis une faute d'une gravité suffisante, même s'il lui a déjà infligé des pénalités.
- ▶ La personne publique peut avoir droit à la réparation de son entier préjudice, qui résulte de l'ensemble des frais exposés pour les différents marchés.