

MARCHÉS PUBLICS

L'acheteur public bien armé pour faire exécuter le contrat

Face à une situation bloquée, la personne publique dispose de moyens pour faire exécuter le contrat. Si cela ne suffit pas, le juge administratif est là pour lui prêter main-forte. Panorama de ces outils bien utiles à l'exécution d'un marché public.

THOMAS ROUYERAN, PIERRE-MARIE DUCHÉ, respectivement avocat associé et avocat au cabinet Seban & Associés

Que le juge intervienne en début de vie du marché, l'acheteur public y est habitué avec le contentieux de la passation. Il peut en aller de même en fin d'exécution, avec les difficultés qui peuvent naître de la résiliation ou du paiement. L'acheteur a en revanche moins le réflexe de recourir au juge tout au long du contrat. Pourtant, il est fréquent que le cocontractant public soit confronté à une exécution insatisfaisante du contrat qu'il a conclu : retards dans la réalisation de travaux ou la fourniture de biens ou services, inexécution totale ou partielle du marché, exécution erronée, etc.

Les moyens de l'acheteur public pour contraindre son cocontractant

Face à ces difficultés, plusieurs options s'ouvrent à l'acheteur public, afin que son cocontractant débiteur s'exécute. Et cela qu'il soit créancier d'une obligation de faire ou de ne pas faire.

Tout d'abord, il peut opposer l'exception d'inexécution, en refusant de s'acquitter de ses obligations contractuelles aussi longtemps que son cocontractant n'exécutera pas le marché. Mais cette solution paraît inadaptée dans le cas de marchés dont le paiement intervient à la livraison, ou pour la mise en œuvre d'une garantie contractuelle. Par ailleurs, elle peut se révéler inefficace si le cocontractant se désintéresse de l'exécution du contrat. Tel peut être le cas d'un entrepreneur qui a, par erreur, sous-évalué le montant d'un marché de travaux auquel il soumissionnait, et refuse d'exécuter un marché qu'il sait ne pouvoir exécuter qu'à perte.



Toutefois, la personne publique n'est alors pas démunie. En effet, la perspective d'intérêt général dans laquelle est conclu un

L'acheteur public dispose de prérogatives qui lui permettent de faire exécuter le contrat sans qu'il ait préalablement recouru au juge.

contrat public justifie que l'acheteur public dispose de prérogatives d'action qui lui permettent de se faire payer ou de faire exécuter le contrat. Ces prérogatives s'exercent sans recours préalable au juge, mais sous le contrôle de ce dernier. Ainsi, lorsque l'administration est créancière d'une obligation de payer (avances, subventions à restituer, redevances à verser, etc.), elle peut émettre un titre de recette qu'elle rend exécutoire (1). Par ailleurs, le droit des

contrats publics reconnaît de plein droit à l'administration (et ce même dans le silence du contrat) des pouvoirs pour faire exécuter le contrat en nature.

Face à la résistance du cocontractant, il est donc loisible à la personne publique de prendre quatre sortes de mesures (2) :

- contrôler en permanence le cocontractant (droit souvent prévu dans les contrats de longue durée);
- infliger une sanction pécuniaire contractuellement définie (pénalités de retard, dommages-intérêts);
- prononcer une sanction coercitive, afin de contraindre le cocontractant défaillant à exécuter le contrat en nature, et ce à ses frais (mise sous séquestre, mise en régie), que cette sanction soit ou non prévue au contrat;
- prononcer, enfin, une sanction résolutoire,

qui débouche sur une exclusion temporaire ou définitive du cocontractant (résiliation du contrat à ses torts et griefs), si sa défaillance s'avère irrémédiable.

Toutefois, ces moyens d'action peuvent se révéler insuffisamment efficaces. En effet, l'acheteur public ne saurait se faire justice à lui-même.

C'est dans ce contexte que le juge accepte de prêter main-forte à la personne publique.

Le juge administratif, au secours de l'exécution du contrat

On rappellera que le juge judiciaire se reconnaît désormais compétent pour ordonner l'exécution forcée en nature d'un contrat relevant de sa compétence, et ce sur le fondement des articles 1134 et 1142 du Code civil

Pour assurer la continuité du service public, en cas d'urgence, la personne publique peut saisir le juge du référé « mesures utiles ».

(Cass. civ. 1^{re}, 16 janvier 2007, « Société Librairie générale française », n° 06-13983).

Quant au cocontractant public, il ne peut en principe demander au juge administratif de prendre une décision qu'il a le pouvoir de prendre lui-même. Dès lors, ce n'est

qu'en dernier recours que le juge administratif se reconnaît compétent pour ordonner une mesure d'exécution d'un contrat administratif (CE, 13 juillet 1956, « OPHLM de la Seine », n° 37656). Une lecture extensive de cet arrêt indique que l'acheteur public a non seulement la faculté, mais également l'obligation de recourir à une décision de justice. Par ailleurs, le juge limite l'ouverture de ce recours en lui conférant un caractère subsidiaire. S'il n'a guère vocation à se substituer à l'une des parties, il importe qu'il puisse dénouer une situation de blocage contractuel. C'est pourquoi il est opportun de prévoir la saisine du juge en cas de difficulté entre les parties. Ensuite, il convient de vérifier que le marché qui soulève une difficulté participe

bien à une mission de service public.

En résumé, si l'acheteur public ne dispose pas d'autres moyens d'action, et si le contrat participe de la gestion d'un service public, il est alors recevable :

– à saisir le juge administratif, juge du contrat, d'une demande de condamnation à une obligation de faire, le cas échéant sous astreinte ;

– en cas d'urgence, à saisir le juge du référé « mesures utiles » (article L.521-3 du Code de justice administrative) d'une demande visant à ordonner toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service public. Ce principe a été décliné par le Conseil d'Etat à de multiples reprises à l'égard de contractants ou d'ex-cocontractants de l'administration (CE, 9 décembre 1988, « Société Les téléphériques du massif du Mont-Blanc », n° 92211 ; CE, 29 juillet 2002, « Centre hospitalier d'Armentières », n° 243500). On conçoit aisément que ce pouvoir d'intervention du juge dans l'exécution du contrat soit particulièrement sollicité en la forme des référés, dans la mesure où il a vocation à n'être mis en œuvre qu'à un moment où le besoin d'exécution du marché est devenu particulièrement aigu.

Le Conseil d'Etat a récemment encore statué sur cet office du juge des référés (CE, 1^{er} mars 2012, « Société Assistance conseil informatique professionnelle », n° 354628). Il était demandé d'ordonner au titulaire du marché, en exécution d'une garantie contractuelle, de livrer à l'acheteur public des ordinateurs portables en remplacement de ceux initialement livrés, et qui s'étaient avérés défectueux. Dans ses conclusions, le rapporteur public Bertrand Dacosta a rappelé que le Conseil d'Etat n'a « jamais subordonné, dans un litige contractuel, l'utilité de la mesure demandée à la démonstration, par la collectivité, que cette mesure était seule de nature à satisfaire les besoins du service public », ce qui contribue à ouvrir ce type de recours.

En revanche, le juge du référé « mesures

EN SAVOIR PLUS

Textes officiels

- Article L. 521-3 du Code de justice administrative.
- Article 85 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 modifié « portant règlement général sur la comptabilité publique ».

utiles » ne saurait faire obstacle à l'exécution d'une décision administrative. Il ne peut, par exemple, ordonner la suspension de l'exécution du contrat qui empêcherait l'exécution d'ordres de service (CE, 8 juillet 2009, « Société Eurelec Aquitaine », n° 320143). Le pouvoir d'injonction dont dispose le juge du référé « mesures utiles » à l'égard du cocontractant privé n'est donc pas totalement symétrique entre injonction de faire et de ne pas faire.

Par ailleurs, l'utilité des mesures prises par le juge des référés sur ce fondement relève, en principe, de son appréciation souveraine (CE, 8 juillet 2002, « Commune de Cogolin », n° 240015). Toutefois, l'étendue de ce pouvoir d'appréciation ne doit pas conduire le juge des référés à ordonner une mesure qui présenterait un caractère définitif, comme c'était le cas dans l'espèce de l'arrêt « Société Assistance conseil informatique professionnelle » précité, à la demande du cocontractant public. En effet, seul le juge du contrat statuant au fond serait, le cas échéant, susceptible de prendre une telle décision. L'existence d'un tel pouvoir du juge administratif gagne à être largement connue dans le domaine de l'achat public.

Sans qu'il soit besoin de le mettre systématiquement en œuvre, sa seule existence constitue une garantie d'efficacité dans l'exécution des contrats administratifs. ■

(1) Article 85 du décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 modifié.

(2) Laurent Richer, « Droit des contrats administratifs », 8^e édition, 2012, LGDJ.

CE QU'IL FAUT RETENIR

- Au cours d'un marché public, l'acheteur dispose de moyens pour forcer son cocontractant à exécuter ses obligations.
- L'acheteur public dispose de prérogatives pour contraindre son cocontractant sans avoir besoin de recourir à un juge. Cela est justifié par le but d'intérêt général à la poursuite duquel participe le contrat public. Il est possible de regrouper les prérogatives de l'acheteur public en quatre catégories, qui sont :

- le contrôle qu'il a sur l'entreprise ;
- les sanctions pécuniaires que le contrat définit ;
- les sanctions coercitives afin de contraindre le cocontractant défaillant à exécuter ses obligations de faire ;
- les sanctions résolutoires qui débouchent sur une exclusion du cocontractant, qui peut être temporaire ou définitive.
- La personne publique peut aussi se tourner vers le juge administratif. Mais elle

ne peut le faire qu'à titre subsidiaire, si elle ne peut pas prendre elle-même la décision. Elle peut alors saisir le juge du contrat d'une demande de condamnation à une obligation de faire. En cas d'urgence, elle peut aussi saisir le juge des référés dans le cadre d'un référé dit « mesures utiles ». Dans les deux cas, l'acheteur public doit démontrer qu'il existe une situation de blocage contractuel et que le marché participe à l'exécution d'un service public.