

Quels sont les acteurs titulaires du pouvoir de résiliation ?

L'équilibre du contrat administratif est construit sur le principe de l'inégalité des parties, ainsi les personnes morales de droit public possèdent un pouvoir général de résiliation unilatérale dont sont privés les cocontractants de l'administration. Cela ne signifie pas pour autant que ces cocontractants n'ont pas la possibilité de résilier un contrat : ce pouvoir peut leur être reconnu sous certaines conditions.

Parmi les spécificités des contrats administratifs, l'une des plus significatives est sans doute l'inégalité des parties devant le pouvoir de résiliation unilatérale.

En effet, les personnes morales de droit public disposent de longue date d'un pouvoir général de résiliation unilatérale, désormais codifié à l'article L. 6 du Code de la commande publique (CCP), sous réserve de respecter les conditions prévues par le Code ainsi que le droit à indemnisation du cocontractant lorsque la résiliation intervient pour un motif d'intérêt général. Elles disposent d'ailleurs de ce droit même si le contrat ne le stipule pas expressément et ne peuvent pas y renoncer par voie contractuelle, des clauses limitatives sur ce point étant réputées nulles⁽¹⁾.

À l'inverse, dans le silence du contrat, le cocontractant de l'administration ne dispose pas du pouvoir de résilier unilatéralement le contrat⁽²⁾. Plus généralement, il lui est interdit de se prévaloir de l'inexécution par la personne publique de ses obligations pour cesser d'exécuter les siennes⁽³⁾, alors même que la personne publique peut, de son côté, opposer l'exception d'inexécution à un cocontractant défaillant.

Cette inégalité entre la personne publique et son cocontractant, qui déroge au principe de droit commun d'égalité des parties et de réciprocité des obligations contractuelles, se justifie classiquement par le fait que l'administration ne doit pas être empêchée d'exercer ses missions d'intérêt général, et en particulier d'assurer la continuité du service public, par une initiative de son cocontractant tendant à suspendre voire à

Auteurs

Guillaume Gauch

Avocat associé

Romain Millard

Avocat

SCP Seban & Associés

(1) CE 6 mai 1985, Association Eurolat, req. n° 41589 et n° 41699.

(2) CAA Nantes 12 avril 2017, Société Vargues et Associés, req. n° 16NT00758.

(3) CE 7 janvier 1976, Ville d'Amiens, req. n° 92888.

interrompre l'exécution de son contrat. Comme l'a d'ailleurs synthétisé le Rapporteur public Gilles Pellissier : « Contrairement à l'équilibre contractuel de droit privé fondé sur l'égalité des parties et la réciprocité des obligations, l'équilibre du contrat administratif est construit sur le principe de l'inégalité des parties et des compensations de ses conséquences. Les théories de l'imprévision comme de la force majeure traduisent l'application dans la relation contractuelle administrative d'impératifs qui la dépassent »^[4].

Néanmoins, le cocontractant peut, sous certaines conditions qui seront détaillées ci-après, disposer d'un certain pouvoir de résiliation.

Le pouvoir de résiliation de l'acheteur

Les motifs de résiliation

Tout d'abord^[5], l'acheteur peut résilier le contrat en cas de force majeure^[6], c'est-à-dire d'un événement extérieur aux parties, imprévisible au moment de la conclusion du contrat et insurmontable.

Lorsque le contrat est administratif, les acheteurs peuvent également le résilier de plein droit en cas de faute d'une gravité suffisante du cocontractant^[7]. À cet égard, on signalera qu'il a été récemment jugé, dans un arrêt du 30 novembre 2020, que la circonstance qu'une décision de résiliation pour faute du titulaire reposerait sur des éléments qui auraient été transmis par un tiers en méconnaissance du secret professionnel auquel il était soumis est, par elle-même, sans incidence sur la régularité ou le bien-fondé de la décision^[8].

Les contrats administratifs peuvent, en outre, être résiliés par l'acheteur pour un motif d'intérêt général^[9].

L'acheteur peut également résilier le contrat lorsque le titulaire se retrouve dans l'un des cas d'exclusion des procédures de passation. S'agissant toutefois du cas où le titulaire est placé en redressement judiciaire, le législateur est récemment venu préciser, au moyen de la loi dite « ASAP » du 7 décembre 2020, que la résiliation ne peut être fondée sur ce seul motif et doit s'inscrire dans l'un des cas prévus au III de l'article L. 622-13 du Code de commerce^[10]. En revanche, lorsque le cocontractant

a été reconnu coupable d'un manquement grave aux obligations en matière de marché par la Cour de justice de l'Union européenne, l'acheteur peut également prononcer la résiliation du contrat^[11].

Enfin, l'acheteur peut résilier le marché lorsque l'exécution du contrat ne peut être poursuivie sans une modification contraire aux dispositions du Code de la commande publique^[12].

En sus des cas précités, les CCAG stipulent que le pouvoir adjudicateur peut résilier le marché sans avoir à verser d'indemnité en cas de survenance de certains événements extérieurs au marché et qui ont trait à la situation du titulaire (décès, incapacité civile ou physique, procédure collective).

En tout état de cause et quel que soit le motif de résiliation, l'acheteur doit être vigilant au respect des procédures prévues par le contrat, en particulier l'obligation de motivation de sa décision ainsi que les éventuels délais de mise en demeure préalable et de notification. En effet, une irrégularité dans la procédure de résiliation est susceptible d'ouvrir droit à une indemnisation du titulaire évincé à hauteur des conséquences onéreuses de cette résiliation.

Focus sur la résiliation unilatérale pour arrêt des prestations en ce qui concerne les marchés de maîtrise d'œuvre

À l'exception du CCAG Travaux, tous les CCAG – qu'il s'agisse de leur version approuvée le 30 mars 2021 ou de la précédente datant du 16 septembre 2009 – prévoient la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de prononcer l'arrêt de l'exécution des prestations et donc la résiliation du marché, sans avoir à motiver sa décision et sans avoir à verser d'indemnité à son cocontractant^[13].

Trois conditions doivent être réunies pour que le pouvoir adjudicateur puisse prononcer une telle résiliation :

- premièrement, les prestations faisant l'objet du marché doivent être scindées en plusieurs parties techniques clairement identifiées et assorties d'un montant ;
- deuxièmement, les documents particuliers du marché doivent prévoir expressément cette possibilité ;
- troisièmement, l'arrêt des prestations ne peut être prononcé qu'au terme d'une phase technique et non au cours de son exécution.

Historiquement, les marchés de maîtrise d'œuvre se référaient au CCAG applicable aux marchés de prestations intellectuelles (PI) et, de ce fait, stipulaient fréquemment la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'y mettre fin à l'issue de chaque phase technique.

Or, depuis le 30 mars 2021, les marchés de maîtrise d'œuvre disposent de leur propre CCAG, désormais

[4] Concl. G. Pellissier ss. CE 8 octobre 2014, Société Grenke Location, req. n° 370644.

[5] Les motifs de résiliation étant analysés de manière très fréquente et détaillée par la doctrine, ils sont traités ici de manière volontairement très synthétique, afin de conserver l'espace nécessaire à l'analyse du pouvoir de résiliation du titulaire, plus méconnu.

[6] CCP, art. L. 2195-2 (marchés) et L. 3136-2 (concessions).

[7] CCP, art. L. 2195-3 1° (marchés) et L. 3136-3 1° (concessions).

[8] CAA Bordeaux 30 novembre 2020, Société Méditerranéenne de Voyageurs, req. n° 18BX00048.

[9] CCP, art. L. 2195-3 2° (marchés) et L. 3136-3 2° (concessions).

[10] CCP, art. L. 2195-4 (marchés) et L. 3136-4 (concessions).

[11] CCP, art. L. 2195-5 (marchés) et L. 3135-5 (concessions).

[12] CCP, art. L. 2195-6 (marchés) et L. 3135-6 (concessions).

[13] CCAG PI 2021, art. 22 ; CCAG PI 2009, art. 20.

distinct du CCAG PI. Et, ce nouveau CCAG MOE ne contient pas de stipulation autorisant le pouvoir adjudicateur à résilier le marché sans motif et sans avoir à verser d'indemnité à l'issue de chaque phase technique.

Néanmoins, ce changement devrait être d'une incidence relativement limitée sur le contenu des futurs marchés de maîtrise d'œuvre, dans la mesure où il demeure loisible aux parties de réintroduire dans les documents particuliers du marché la possibilité pour le maître d'ouvrage de prononcer l'arrêt des prestations au terme d'une phase technique.

L'instance compétente pour prendre la décision de résiliation

En application de la règle du parallélisme des formes, la décision de résiliation d'un contrat doit être prise dans les mêmes conditions – et donc par la même instance – que la décision de conclure ledit contrat^[14].

Dans le cas des collectivités territoriales, les conseils municipaux, intercommunaux, départementaux et régionaux – compétents par principe pour délibérer sur leurs contrats – peuvent attribuer au maire ou au président une délégation pour « prendre toute décision concernant la préparation, la passation, l'exécution et le règlement des marchés et des accords-cadres, ainsi que toute décision concernant leurs avenants, lorsque les crédits sont inscrits au budget »^[15].

Dès lors, lorsque la décision de conclure le marché a été prise par l'exécutif local, dans le cadre de la délégation que lui a consentie par l'assemblée délibérante, il appartient au même exécutif local de décider de la résiliation du marché, sous réserve toutefois que la délégation consentie porte sur l'exécution du marché.

A contrario, lorsque le marché n'entre pas dans le champ de la délégation, la décision de résiliation ne peut résulter que d'une délibération de l'assemblée délibérante.

L'impossibilité pour un maître d'ouvrage de déléguer son pouvoir de résiliation à un tiers

Les maîtres d'ouvrage peuvent, dans la limite du programme et de l'enveloppe financière prévisionnelle de l'opération qu'ils ont arrêtés, confier par contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage à un mandataire l'exercice, en leur nom et pour leur compte, des attributions mentionnées à l'article L. 2422-6 du Code de la commande publique.

Parmi les missions ainsi déléguables se trouvent notamment « la préparation, la passation, la signature, après approbation du choix des attributaires, des marchés publics de travaux, ainsi que le suivi de leur exécution ».

Toutefois, il faut souligner que le pouvoir de résiliation n'entre pas dans les attributions que le maître de l'ouvrage peut déléguer, ainsi que l'a confirmé le Conseil d'État^[16].

Il en résulte que le mandataire du maître d'ouvrage ne peut notifier au titulaire d'un marché de travaux une décision de résiliation sans que celle-ci n'ait été préalablement prise par son mandant en bonne et due forme.

La forme de la décision de résiliation

En principe, la résiliation ne peut résulter que d'une décision expresse de la personne publique contractante.

Par exception, le juge peut considérer un contrat comme tacitement résilié lorsque, par son comportement, la personne publique doit être regardée comme ayant mis fin, de façon non équivoque, aux relations contractuelles. Pour apprécier l'existence d'une résiliation tacite, les juges du fond doivent, sous le seul contrôle d'une erreur de droit et d'une dénaturation des pièces du dossier par le juge de cassation, tenir compte « de l'ensemble des circonstances de l'espèce, en particulier des démarches engagées par la personne publique pour satisfaire les besoins concernés par d'autres moyens, de la période durant laquelle la personne publique a cessé d'exécuter le contrat, compte tenu de sa durée et de son terme, ou encore de l'adoption d'une décision de la personne publique qui a pour effet de rendre impossible la poursuite de l'exécution du contrat ou de faire obstacle à l'exécution, par le cocontractant, de ses obligations contractuelles »^[17].

En tout état de cause, une résiliation tacite est nécessairement irrégulière en la forme, même si elle peut être justifiée sur le fond. Par conséquent, elle est susceptible d'ouvrir droit à indemnité au bénéfice du titulaire évincé.

La responsabilité du maître d'œuvre lorsque la résiliation d'un marché de travaux lui est imputable

Il est à noter que dans l'hypothèse où le maître d'ouvrage est conduit à prononcer la résiliation unilatérale d'un marché de travaux en raison d'une irrégularité de la procédure de passation, le maître d'œuvre qui l'a assisté dans la rédaction des documents de la consultation peut être appelé en garantie solidaire et être condamné à contribuer à l'indemnisation du titulaire du marché de travaux résilié^[18].

[14] Rep. Min. à QE n° 69646, JOAN 9 novembre 2010, p. 12260.

[15] CGCT, art. L. 2122-22 (communes et intercommunalités) ; L. 3221-11 (départements) ; L. 4231-8 (régions).

[16] CE 15 novembre 2012, req. n° 349840.

[17] CE 27 février 2019, Département de Seine-Saint-Denis, req. n° 414114 ; CE 11 décembre 2020, Société Copra Méditerranée, req. n° 427616.

[18] CAA Marseille 17 octobre 2016, req. n° 13MA01315.

Le titulaire : acteur de la résiliation dans les limites prévues par le contrat

La possibilité de prévoir une clause résolutoire en cas de carence de l'acheteur

Comme exposé en introduction, le cocontractant de l'administration ne peut, dans le silence du contrat, résilier de sa propre initiative un contrat de la commande publique, y compris en cas de faute de l'acheteur.

Ceci étant, il est possible pour les parties d'insérer des clauses résolutoires précisant les conditions auxquelles le cocontractant de la personne publique peut obtenir la résiliation du contrat en cas de méconnaissance par cette dernière de ses obligations contractuelles.

Plusieurs conditions doivent toutefois être réunies pour que de telles clauses résolutoires soient licites :

- premièrement, elles ne peuvent être insérées que dans un contrat qui n'a pas pour objet l'exécution même du service public, ce qui semble exclure d'emblée les délégations de service public^[19] ;
- secondement, la personne publique doit être mise en mesure de s'y opposer pour un motif d'intérêt général tiré notamment des exigences du service public^[20].

En application de ces principes dégagés par le Conseil d'État dans sa décision *Société Grenke Location* du 8 octobre 2014, il a été jugé qu'un contrat de location de photocopieur passé par un lycée n'a pas pour objet l'exécution du service public dans la mesure où il n'est pas indispensable à la continuité du service public et pouvait donc contenir une clause résolutoire au bénéfice du titulaire^[21] (il aurait pu en aller autrement si ce contrat avait été passé par d'autres administrations, comme les juridictions^[22]). Ont également été récemment validées de telles clauses dans des contrats passés par des communes de longue durée portant sur des matériels de vidéosurveillance^[23], de bureautique^[24] et de téléphonie^[25].

La demande de résiliation pour ordre de service tardif (tous CCAG)

Depuis 2009, soit avant même que ne soit dégagée la jurisprudence *Société Grenke Location* précitée, les différents cahiers des clauses administratives générales

(CCAG) comportent une clause stipulant que la résiliation peut être demandée par le titulaire en cas d'ordre de service de démarrage des prestations tardif, dans des conditions qui varient toutefois quelque peu selon les CCAG.

Dans le cas des marchés faisant application du CCAG Travaux^[26], qu'il s'agisse de celui de 2009^[27] ou de 2021^[28], le titulaire peut demander la résiliation du marché dès lors que le pouvoir adjudicateur a dépassé le délai maximal prévu par les pièces contractuelles pour lui notifier l'ordre de service de commencement des travaux ou, à défaut d'un tel délai, dans les six mois suivant la notification du marché. Dans l'hypothèse où le titulaire a finalement reçu l'ordre de commencer les travaux, il doit adresser sa demande de résiliation dans un délai de quinze jours suivant la date de réception de cet ordre ; à défaut, il est réputé avoir accepté d'exécuter les prestations aux conditions initiales du marché.

Le titulaire ayant reçu un ordre tardif de commencer les travaux peut, plutôt que de demander immédiatement la résiliation, proposer au maître d'ouvrage une nouvelle date de commencement d'exécution. Là encore, cette proposition doit être adressée au maître d'ouvrage dans les quinze jours suivant la réception de l'ordre de service. Si le maître d'ouvrage refuse la proposition du titulaire, celui-ci peut alors demander par écrit la résiliation du marché. À cet égard, il semble raisonnable de considérer que le titulaire doit, là encore, adresser sa demande de résiliation dans les quinze jours suivant la décision de refus du maître d'ouvrage, même si le CCAG ne le précise pas.

Si le titulaire a respecté la procédure précitée, le maître d'ouvrage ne peut s'opposer à la résiliation. En outre, le titulaire a droit à être indemnisé des frais et investissements éventuellement engagés pour le marché et nécessaires à son exécution. Il doit, à cet effet, présenter une demande écrite, dûment justifiée, dans le délai de deux mois à compter de la notification de la décision de résiliation. À cet égard, le Conseil d'État a récemment précisé, par une décision du 3 février 2021, que la demande d'indemnisation doit, à peine d'irrecevabilité, être présentée sous la forme d'un mémoire en réclamation classique exposant les motifs de son différend, indiquant les montants de ses réclamations et fournissant les justifications nécessaires correspondant à ces montants ; surtout, le mémoire doit être transmis au représentant du pouvoir adjudicateur et une copie doit en être adressée au maître d'œuvre^[29].

Dans le cas des marchés faisant application des autres CCAG^[30], la circonstance que le pouvoir adjudicateur a dépassé le délai maximal pour notifier l'ordre de service de commencement des prestations n'ouvre pas immédiatement droit, pour le titulaire, à résiliation. Le titulaire doit tout d'abord attendre de recevoir un ordre

[19] Concl. Gilles Pellissier ss. CE 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, req. n° 370644

[20] CE 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, req. n° 370644.

[21] CAA Nancy 2 avril 2015, *Société Grenke Location*, req. n° 14NC01885.

[22] Concl. Gilles Pellissier précitées.

[23] CAA Nancy 7 juin 2018, *Société Grenke Location*, req. n° 17NC01837.

[24] CAA Nancy 22 décembre 2020, *Société Grenke Location*, req. n° 18NC03008.

[25] CAA Nancy 7 juin 2018, req. n° 17NC0680.

[26] CCAG-Travaux, art. 50.2.1.

[27] CCAG-Travaux 2009, art. 46.2.1.

[28] CCAG-Travaux, art. 50.2.1.

[29] CE 3 février 2021, Grand port maritime de Marseille, req. n° 442844.

[30] Article 3.8.3 des CCAG FCS, PI, MOE et TIC 2021. Numérotation inchangée par rapport aux CCAG de 2009.

de service. Il peut alors refuser de l'exécuter, sous réserve de notifier son refus au signataire dans un délai de quinze jours à compter de la réception de l'ordre de service. Ensuite, il dispose d'un nouveau délai de quinze jours à compter de la date d'envoi de sa décision de refus à l'acheteur pour proposer une nouvelle date de démarrage des travaux. Ce n'est que si le pouvoir adjudicateur refuse sa proposition de nouvelle date que le titulaire peut demander la résiliation du marché, sans que celle-ci ne puisse lui être refusée. Là encore, le titulaire ayant obtenu la résiliation dispose d'un droit à être indemnisé à hauteur des frais et investissements éventuellement engagés pour le marché et nécessaires à son exécution, sous réserve d'apporter toutes les justifications de cette partie de l'indemnité dans un délai de quinze jours après la notification de la résiliation du marché.

La demande de résiliation pour retards de paiement (CCAG Travaux et MOE)

Dans le cadre d'un marché se référant au CCAG-Travaux, le titulaire peut interrompre les travaux puis demander la résiliation à la suite d'un défaut de paiement de deux acomptes successifs. Toutefois, la demande de résiliation ne peut être formulée que si les travaux ont été interrompus de manière régulière. Pour ce faire, le titulaire doit avoir notifié au préalable pouvoir adjudicateur son intention d'interrompre les travaux sous trente jours, étant précisé que cette notification ne peut elle-même advenir qu'à l'issue d'un délai de trente jours après la remise du projet de décompte pour le paiement du deuxième des acomptes. En outre, le paiement du premier des deux acomptes ne doit pas être intervenu dans les six mois suivant l'interruption effective des travaux^[31].

[31] CCAG-Travaux, art. 53.2 ; CCAG-Travaux 2009, art. 49.2.1.

Dans la même logique, le nouveau CCAG-MOE prévoit que lorsque le versement d'un acompte n'intervient pas dans un délai de trois mois à compter du point de départ du délai de paiement, le maître d'œuvre peut notifier au maître d'ouvrage son intention d'interrompre les prestations au terme d'un délai de trente jours. Si le versement de l'acompte n'est pas intervenu dans le délai de six mois suivant l'interruption effective des prestations, le maître d'œuvre est en droit de ne pas les reprendre et de demander par écrit la résiliation du marché^[32].

On relèvera toutefois que ni le CCAG Travaux ni le CCAG MOE ne précisent que l'acheteur ne peut s'opposer à une telle demande de résiliation. Néanmoins, il est raisonnable de penser qu'un refus de l'acheteur devrait être justifié par un motif d'intérêt général tenant notamment à la continuité du service public.

Le droit de demander la résiliation en cas de défaut de paiement ne figure pas dans les autres CCAG.

Le droit à la résiliation après un ajournement de plus d'une année (CCAG-Travaux)

Le titulaire d'un marché se référant au CCAG Travaux dispose enfin du droit d'obtenir la résiliation dans l'hypothèse où, par suite d'un ajournement ou de plusieurs ajournements successifs décidés par le pouvoir adjudicateur, les travaux ont été interrompus pendant plus d'une année.

Toutefois, le titulaire ne dispose plus de ce droit s'il a été informé par écrit d'une durée d'ajournement conduisant au dépassement de la durée d'un an et qu'il n'a pas, dans un délai de quinze jours, demandé la résiliation^[33].

[32] CCAG-MOE, art. 25.1.

[33] CCAG Travaux, art. 53.1 ; CCAG Travaux 2009, art. 49.1.