

Le recours aux marchés de substitution

En cas de défaillance du titulaire initial d'un marché, l'acheteur public peut recourir au marché de substitution sous réserve que certaines conditions soient remplies. Quels sont en outre les droits du titulaire évincé ainsi que les règles encadrant le transfert des surcoûts ?

En ce début d'année, le juge administratif s'est à plusieurs reprises prononcé sur les contours du droit de suivi reconnu au titulaire d'un marché public dans le cadre des marchés de substitution conclus avec des tiers pour remédier à ses défaillances.

C'est l'occasion de revenir ici sur les conditions dans lesquelles l'acheteur public peut recourir aux marchés de substitution en cas de manquement du titulaire initial, ainsi que sur la place de ce dernier dans l'exécution de ces nouveaux contrats.

Hypothèses et conditions

Une faculté offerte même dans le silence du contrat

On rappellera d'abord que, selon une règle d'ordre public, la faculté pour l'acheteur public de recourir à des marchés de substitutions aux frais et risques de son cocontractant lui est ouverte même en l'absence de clause en ce sens dans le marché public. En conséquence, l'acheteur public ne peut renoncer à cette faculté⁽¹⁾.

En ce sens, aucun des cahiers des clauses administratives générales (ci-après CCAG) en leur version approuvée en 2021, ne soumet le dispositif d'exécution par un tiers aux frais et risques du titulaire à l'existence de stipulations du marché public le permettant⁽²⁾.

(1) Voir en ce sens : CE 9 novembre 2016, Groupement STS, req. n° 388806 et CE 18 décembre 2020, Chambre de commerce et d'industrie d'Ille-et-Vilaine, req. n° 433386.

(2) Voir en ce sens article 48 du CCAG MI (2021), article 52 du CCAG-Travaux (2021), article 45 du CCAG-FCS (2021), article 27 du CCAG-PI (2021), article 34 du CCAG Maîtrise d'œuvre et article 54 du CCAG-TIC (2021).

Auteur

Ana Nuytten
Avocate à la Cour
Cabinet Seban & Associés

Pour autant, le recours aux marchés de substitution n'est envisageable que dans certaines hypothèses et sous certaines conditions.

L'hypothèse de l'exécution provisoire par un tiers sans résiliation du marché initial

L'acheteur public peut, sans procéder au préalable à la résiliation du marché initial, confier provisoirement l'exécution des prestations à un tiers^[3] :

- dans l'hypothèse où le titulaire n'a pas déferé à une mise en demeure de se conformer à ses obligations contractuelles ou aux ordres de service : concernant les marchés publics de travaux, le délai posé par cette mise en demeure ne peut en principe être inférieur à quinze jours à compter de sa notification^[4] ;
- en cas d'inexécution par ce dernier d'une prestation qui, par sa nature, ne peut souffrir aucun retard : on observera toutefois que cette deuxième situation n'est pas prévue par le CCAG-Travaux. Afin de prévenir tout litige, il est donc recommandé aux acheteurs d'inscrire expressément cette hypothèse dans les clauses correspondantes de leurs marchés publics de travaux.

Le cas échéant et ainsi que cela est prévu par les CCAG, la décision de faire exécuter les prestations par un tiers est prise par écrit et notifiée au titulaire du marché.

Elle devra être justifiée par une carence suffisante de la part du titulaire. La jurisprudence visant « l'inertie, les manquements ou la mauvaise foi du cocontractant lorsqu'ils entravent l'exécution d'un marché »^[5], il nous semble qu'un simple manquement aux obligations contractuelles pourrait être insuffisant pour justifier cette décision. Une attention particulière devra donc être portée sur sa motivation.

Pour les marchés de travaux, la mise en œuvre de cette décision devra être précédée, en présence du titulaire ou après l'avoir convoqué, à la constatation des ouvrages exécutés et des approvisionnements disponibles, à l'établissement d'un inventaire descriptif de son matériel, ainsi qu'à la restitution des éléments qui ne sont pas nécessaires à l'achèvement des travaux^[6].

Il ne pourra ensuite être procédé à l'exécution des prestations par un tiers en parallèle du marché initial que de façon transitoire. Ainsi que le précise le Conseil d'État, cette mesure coercitive revêt en effet un caractère provisoire^[7].

En pratique, durant cette phase d'exécution par un tiers, le titulaire initial peut pendant un certain délai à compter de la notification de la décision idoine (fixé par les CCAG ou le contrat), être autorisé par ordre de service

à reprendre l'exécution des prestations s'il justifie des moyens nécessaires pour le faire^[8]. Passé ce délai, s'il n'a pas été autorisé à reprendre l'exécution du marché, celui-ci est résilié pour faute du titulaire.

L'acheteur peut également, sans mettre en œuvre ce dispositif préalable, procéder à la résiliation du marché public aux torts du titulaire initial et conclure un marché de substitution avec un tiers permettant l'achèvement des prestations.

Le recours au marché de substitution après la résiliation pour faute du marché initial

Cette solution requiert, avant de pouvoir lancer la passation du marché de substitution, de respecter toutes les modalités devant entourer la résiliation aux frais et risques du titulaire du marché.

Tout d'abord, devra être caractérisé le manquement propre à justifier cette mesure coercitive par application des hypothèses prévues dans le marché public ou du fait de l'existence d'une faute d'une gravité suffisante^[9].

À ce titre, les CCAG renvoient notamment aux situations dans lesquelles le titulaire :

- contrevient aux obligations légales ou réglementaires relatives au travail, à la protection de l'environnement, à la sécurité et la santé des personnes ou à la préservation du voisinage ;
- refuse de représenter ou de restituer, dégrade ou utilise de manière abusive des bâtiments, terrains, matériels, produits de construction, équipements et approvisionnements qui lui ont été confiés ;
- ou encore ne s'est pas acquitté de ses obligations dans les délais contractuels (concernant les marchés de travaux, ces manquements doivent faire l'objet d'une constatation contradictoire et d'un avis du maître d'œuvre dans les conditions prévues par l'article 50.3.1 du CCAG-Travaux). Et lorsque la société titulaire n'est pas en mesure de réaliser les prestations dont elle a la charge dans un délai compatible avec ses engagements contractuels, l'absence d'émission de bon de commande ou de mention du délai de réalisation dans la mise en demeure adressé au titulaire ne fait pas obstacle à la caractérisation de sa faute^[10].

On précisera aussi que la circonstance que des pénalités aient été prononcées ne fait pas obstacle à la résiliation du marché pour faute de son titulaire (celles-ci ne peuvent en revanche porter que sur la période antérieure à la date de résiliation^[11]).

[3] CE 9 novembre 2016, Groupement STS, req. n° 388806, précité.

[4] Article 52.1 du CCAG-Travaux (2021).

[5] CE 18 décembre 2020, Chambre de commerce et d'industrie d'Ille-et-Vilaine, req. n° 433386, précité.

[6] Article 52.3 du CCAG-Travaux (2021).

[7] CE 9 novembre 2016, Groupement STS, req. n° 388806, précité, cons. 12.

[8] Voir en ce sens article 48 du CCAG-MI (2021), article 52 du CCAG-Travaux (2021), article 45 du CCAG-FCS (2021), article 27 du CCAG-PI (2021), article 34 du CCAG Maîtrise d'œuvre et article 54 du CCAG-TIC (2021).

[9] CCP, art. L. 2195-3.

[10] CE 26 février 2014, Communauté d'agglomération du pays ajaccien, req. n° 365546.

[11] CE 18 décembre 2020, Chambre de commerce et d'industrie d'Ille-et-Vilaine, req. n° 433386, précité.

Une fois la faute établie, la résiliation aux frais et risques du titulaire suppose, en principe, l'envoi d'une mise en demeure l'enjoignant de respecter ses obligations contractuelles. Cette mise en demeure doit non seulement préciser la nature du manquement reproché, mais également fixer un délai d'exécution, indiquer la sanction envisagée et offrir au titulaire la possibilité de présenter ses observations.

Si cette mise en demeure reste infructueuse, il conviendra pour résilier le marché de procéder à la liquidation de ses comptes et dresser sur cette base un décompte de résiliation.

Pour l'essentiel, celui-ci fera faire apparaître au crédit du titulaire la valeur contractuelle des prestations réalisées (comprenant s'il y a lieu les intérêts moratoires). En effet, en principe aucune indemnité n'apparaîtra à son profit dans ce décompte dès lors que la résiliation pour faute ne peut y ouvrir droit⁽¹²⁾.

Au débit du titulaire, ce décompte fera apparaître : le montant des sommes versées à titre d'avance et d'acompte, la valeur contractuelle des moyens confiés au titulaire que celui-ci ne peut restituer, la valeur de reprise des moyens que le maître d'ouvrage cède à l'amiable au titulaire et le montant des pénalités qui lui ont éventuellement été appliquées.

Figurera également au débit du titulaire le surcoût résultant de la passation du marché de substitution, lequel sera conclu à ses frais et risques⁽¹³⁾.

Ainsi, ce décompte ne peut être établi de manière définitive qu'après le règlement définitif du marché de substitution conclu pour l'achèvement des prestations (en pratique, on suggérera de procéder dans cette attente à une liquidation provisoire du marché).

Avant même le règlement définitif du nouveau marché, le titulaire défaillant pourra tout de même « saisir le juge du contrat afin de faire constater l'irrégularité ou le caractère infondé de cette résiliation et demander, de ce fait, le règlement des sommes qui lui sont dues » si les parties disposent des éléments permettant d'établir le décompte général du marché résilié⁽¹⁴⁾.

Le cas échéant, le décompte de résiliation définitivement établi sera notifié au titulaire⁽¹⁵⁾.

C'est dans ce cadre que l'acheteur public pourra passer un marché de substitution avec un tiers ayant vocation à permettre l'achèvement des prestations faisant l'objet

du marché initial. Le titulaire initial aura tout de même un droit de suivi sur le nouveau contrat.

Les droits et obligations du titulaire initial sur le marché de substitution

L'obligation de supporter les surcoûts entraînés par le marché de substitution

Sans qu'aucun délai précis ne soit fixé, la passation du marché de substitution doit être lancée dans un délai raisonnable. En effet, au-delà d'une certaine période d'inaction, l'acheteur public peut être considéré par le juge administratif comme ayant renoncé à passer un marché public de substitution⁽¹⁶⁾.

Ce marché de substitution doit en outre être passé conformément aux règles de la commande publique et avoir strictement le même objet que le marché public initial (exclusion faite, naturellement, des prestations déjà exécutées).

Ce marché est alors passé aux frais du titulaire initial : les montants découlant des surcoûts pour permettre l'achèvement des prestations sont à sa charge, sans qu'à l'inverse il ne puisse bénéficier, même partiellement, d'une éventuelle diminution des dépenses permise par le marché de substitution⁽¹⁷⁾.

Le fait que le marché de substitution n'ait pas permis de réaliser correctement les prestations attendues par le marché initial n'est pas de nature à dispenser le titulaire défaillant d'en supporter la charge⁽¹⁸⁾.

En revanche, lorsque le titulaire avait démontré en amont qu'il était dans l'impossibilité d'exécuter tout ou partie du marché, il ne peut se voir appliquer de résiliation à ses frais et risques et donc, *a fortiori*, supporter les surcoûts engendrés par un éventuel marché de substitution⁽¹⁹⁾.

En outre, il ne peut être tenu de supporter des surcoûts résultant de la passation d'un marché de substitution si celui-ci comporte des prestations étrangères au marché résilié⁽²⁰⁾.

Et afin de préserver ses intérêts quant aux dépenses qui pourraient ainsi lui être imputées, le titulaire du marché initial à un droit de suivi sur le marché de substitution.

(12) Il est toutefois possible pour le titulaire d'obtenir la réparation de son préjudice dans l'hypothèse où cette décision de résiliation serait irrégulière et injustifiée [CAA Nantes 22 juin 2012, Communauté d'agglomération Rennes Métropole, req. n° 10NT00115].

(13) Cf. *infra*. Voir notamment en ce sens article 51.2.2 du CCAG-Travaux [2021].

(14) CE 4 juillet 2014, Communauté agglomération Saint-Étienne Métropole, req. n° 374032 et 375461 et CE 26 février 2020, Sté Iveco France, req. n° 428344.

(15) CAA Lyon 15 février 2018, Société SMAC, req. n° 16LY01386.

(16) CE, 24 novembre 2010, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable des communes de Sioule et Morge, req. n° 330648.

(17) Voir notamment en ce sens article 52.6 du CCAG-Travaux [2021] et CE 9 juin 2017, Entreprise Morillon Corvol Courbot, req. n° 399382.

(18) CE 18 décembre 2020, Chambre de commerce et d'industrie d'Ille-et-Vilaine, req. n° 433386, précité.

(19) CCP, art. L. 2711-8.

(20) CAA Marseille 7 novembre 2011, Société SPIE Sud-Est, req. n° 09MA03294.

Le droit de suivi du marché de substitution par le titulaire initial

Ce droit de suivi, consacré par le CCA-Travaux^[21] à l'inverse d'autres CCAG, commence par la notification du marché de substitution.

Si cette notification n'intervient pas, le titulaire défaillant n'a pas à supporter les surcoûts entraînés par le marché de substitution^[22].

Afin de pouvoir veiller à la sauvegarde de ses intérêts, le titulaire doit bénéficier d'un droit de suivi effectif. Ainsi la communication du marché de substitution semble

devoir être complète, elle doit notamment inclure les prix unitaires et le CCAP^[23].

Pour les mêmes raisons, les marchés de substitution doivent être notifiés au titulaire initial avant leur exécution. Dans le cas contraire, le droit de suivi du marché de substitution par le titulaire est considéré comme étant méconnu^[24]. La même règle s'applique aux contrats privés de la commande publique^[25].

En revanche, on rappellera que l'acheteur doit communiquer les pièces justifiant de la réalité des prestations effectuées en exécution du nouveau contrat uniquement lorsqu'il est saisi d'une demande en ce sens^[26].

[21] Cf. article 52 du CCAG-Travaux (2021).

[22] CAA Lyon 30 janvier 2014, Société Rotat, req. n° 13LY00760.

[23] CAA Versailles 21 janvier 2025, Société MAJ, req. n° 23VE00068.

[24] CAA Bordeaux 18 février 2025, SELARL Pelletier et Associés Mandataires judiciaires, req. n° 23BX00657.

[25] Cass. com. 29 janvier 2025, n° 23-20.784, publié au Bulletin.

[26] CE 5 avril 2023, Société Iveco Franc, req. n° 463554.