

<http://www.moniteurjuris-contratspublics.fr/document/20-19582406>

Contrats publics

REVUE - n°127 - (DOSSIER)

décembre 2012

Faire appel à une entreprise de substitution en cas de défaillance des cocontractants ?

Bruno Mounier, Avocat à La Cour, Adamas, Et Romain Granjon, Avocat Associé, Adamas

En cas de défaillance du cocontractant de l'administration, cette dernière va devoir trouver une solution afin d'achever les travaux... L'éventail des solutions disponibles pour le maître d'ouvrage varie suivant la nature de la défaillance et le moment où celle-ci est constatée.

Même si les règles applicables lors du choix de l'entreprise de substitution sont les règles de droit commun de la commande publique, le recours à des solutions plus souples et pragmatiques peut être envisagé.

Le droit des entreprises en difficultés irrigue de plus en plus l'exécution des contrats publics. Cette tendance, renforcée par le nombre élevé de défaillances des entreprises [1], conduit les acheteurs publics à multiplier les anticipations pour mieux comprendre et faire face aux conséquences des difficultés des entreprises sur leurs achats. En publiant récemment une instruction [2] et une fiche [3] à destination des acheteurs publics sur le sujet, le Ministère de l'Économie et des finances a fait écho à cette actualité qui est amenée à durer semble-t-il.

Il s'agit notamment de mieux appréhender l'impact du droit des procédures collectives sur l'exécution des marchés publics, particulièrement sous l'angle de la résiliation des marchés publics, ainsi que des droits et obligations du maître d'ouvrage et de l'entreprise défaillante. Du point de vue de l'acheteur public, l'objectif n'est pas seulement de déterminer l'attitude à adopter face à un entrepreneur défaillant, que cette défaillance soit de nature économique ou simplement fautive.

Sauf à renoncer aux besoins qu'il a définis, l'acheteur public se doit aussi d'assurer dans les meilleures conditions l'achèvement des prestations qu'il a commandées. L'ouvrage, les services ou les fournitures sont en effet destinés à répondre soit à ses besoins propres, soit à ceux du public. Dans les contrats administratifs portant sur la réalisation de travaux (concessions, marchés), l'obligation d'assurer la continuité des prestations est particulièrement renforcée. En effet, un ouvrage inachevé a des conséquences très graves pour le maître d'ouvrage, qu'il s'agisse d'assurer la garde d'un ouvrage, d'indemniser les entreprises non fautives, des délais d'attente ou des pertes d'exploitation lorsque l'ouvrage est destiné à une activité de production ou de services (usines de valorisation énergétique, stations d'épuration...), a fortiori lorsque l'exploitation de l'ouvrage doit être confiée à un tiers dans le cadre d'un contrat distinct. Assurer la continuité des prestations consiste pour la personne publique à réaliser elle-même les prestations en régie ou à les confier à un tiers pour qu'il en assure l'achèvement.

L'éventail des solutions disponibles pour le maître d'ouvrage diffère selon que l'on se situe en amont, au stade où le maître d'ouvrage constate la défaillance de l'entrepreneur ou lorsqu'il s'agit

de décider de la résiliation du marché (I). Pour choisir l'entreprise de substitution, le maître d'ouvrage est en principe soumis aux règles de droit commun de la commande publique, ce qui n'interdit pas d'envisager d'autres solutions - plus souples - compte tenu des conséquences particulières que peut provoquer la défaillance d'une entreprise (II).

I. Que doit faire le maître d'ouvrage constatant une défaillance pour assurer la continuité des prestations ?

Le maître d'ouvrage dispose de plusieurs instruments pour assurer la continuité des prestations, que l'on se situe au cours de l'exécution du marché (A) ou au stade de la résiliation de celui-ci (B).

A) Avant la décision de résiliation

La défaillance d'une entreprise peut correspondre à de très nombreux cas de figure. Est défaillante l'entreprise qui n'a pas réalisé les prestations qu'elle devait assurer dans les délais convenus. Il peut s'agir également du non-respect répété par l'entrepreneur de se conformer aux ordres de services.

Le non-respect par l'entreprise de ses obligations peut reposer sur des motifs de nature économique, si l'entreprise se trouve en redressement judiciaire ou en liquidation judiciaire. Il est un cas où la poursuite des prestations en cours d'exécution du marché par une entreprise tierce s'impose au maître d'ouvrage, dans le cadre du plan de cession arrêté par le tribunal de commerce [4] (voir II.A). On se concentrera ici sur les dispositions du code des marchés publics et celles du cahier des clauses administratives générales applicable pour les marchés de travaux (CCAG-Tx), dans la mesure où la question de la continuité des prestations de travaux se pose en règle générale de façon plus aiguë que lorsqu'il s'agit de prestations de services ou de fournitures.

1 - La substitution de l'entrepreneur défaillant

Pour combler la défaillance d'une entreprise membre d'un groupement, le CCAG-Tx organise la substitution des entreprises, dès lors qu'il existe un lien de solidarité entre le mandataire et les entreprises cotraitantes. L'article 48.7 du CCAG-Travaux tel que résultant de l'arrêté du 8 septembre 2009 précise que :

« Le mandataire est tenu de se substituer au membre du groupement défaillant pour l'exécution des travaux dans le mois qui suit l'expiration du délai imparti à ce membre, si ce dernier n'a pas déféré à la mise en demeure. »

Si la mise en demeure n'est pas suivie des effets escomptés, le maître d'ouvrage pourra soit faire appel à une entreprise de substitution aux frais et risques du groupement, soit résilier le marché. Lorsque le mandataire d'un groupement est lui-même défaillant au titre de ses missions de représentation et de coordination, les membres du groupement doivent désigner, à la demande du maître d'ouvrage, une nouvelle entreprise pour les représenter [5] .

Dans les cas où la défaillance atteint le mandataire dans l'exécution de ses travaux, un nouveau mandataire peut être désigné, à condition qu'il l'accepte expressément, par les membres du groupement [6] . Si un nouveau mandataire ne peut être désigné, le maître d'ouvrage devra alors faire appel à une entreprise de substitution [7] pour les prestations restant à exécuter, à

condition que les autres membres du groupement décident de poursuivre les prestations qu'ils doivent assurer.

Si la poursuite des prestations n'est pas souhaitée par les membres du groupement, le maître d'ouvrage devra résilier la totalité du marché et choisir une entreprise de substitution pour l'ensemble des prestations restant à achever.

On le voit, le CCAG organise à différents stades la substitution de l'entrepreneur défaillant. Si ces règles ne sont pas décrites dans les autres CCAG, le même principe de substitution du mandataire solidaire à l'entrepreneur défaillant a vocation à s'appliquer. De même, l'acheteur public peut, pour les prestations de services ou de fournitures qu'il commande, demander à tout membre d'un groupement solidaire de se substituer à l'entreprise défaillante.

2 - Exécution aux frais et risques du titulaire défaillant

Dans l'échelle des sanctions dont dispose la personne publique lors de l'exécution du marché, l'exécution aux frais et risques du titulaire défaillant constitue également une forme de substitution d'une entreprise par une nouvelle entreprise. Il s'agit d'une sanction commune à tous les CCAG [8] qui se distingue de la résiliation aux frais et risques notamment par la possibilité laissée au titulaire de reprendre l'exécution du marché. L'exécution aux frais et risques sans résiliation du marché doit se concevoir comme une mesure provisoire, l'article 48.3 du CCAG-Tx de 2009 prévoyant que passé un mois, le titulaire doit reprendre l'exécution du marché, faute de quoi le marché est résilié.

La mise en régie, qui consiste à faire exécuter par un tiers les travaux prévus dans le marché ne constitue pas toujours, loin s'en faut, une bonne solution. Dans les opérations de travaux complexes, nécessitant la réalisation d'ouvrages mettant en œuvre des procédés ou techniques particuliers (usine de valorisation énergétique des déchets, méthanisation des déchets), la mise en régie du marché n'est pas adaptée.

Notons que la mise en régie du marché, pas plus que la passation de nouveaux marchés, ne signifie que le marché initial conclu avec l'entreprise défaillante est résiliée [9]. Le maître d'ouvrage devra donc veiller à résilier le premier marché si le titulaire n'est manifestement pas capable de reprendre l'exécution des prestations.

B) Au stade de la décision de résiliation

La décision de résilier le marché constitue une décision particulièrement grave. Compte tenu de sa portée, elle obéit à des règles de procédure et de fond strictes qui comportent plusieurs particularités lorsque le maître d'ouvrage décide de faire supporter le coût de l'exécution du nouveau marché au titulaire défaillant.

1 - Mise en demeure

Comme la plupart des sanctions coercitives, la résiliation du contrat doit être précédée d'une mise en demeure assortie d'un délai raisonnable devant permettre à l'entrepreneur de se conformer à ses obligations. La lettre de mise en demeure devra mentionner les motifs, les délais impartis à l'entreprise et la sanction encourue si la mise en demeure est infructueuse.

Quant à la décision de résiliation, celle-ci doit à l'évidence reposer sur une faute suffisamment grave [10]. Elle devra également indiquer le type de résiliation retenu (résiliation pour faute simple/résiliation aux frais et risques du titulaire). À défaut d'avoir été expressément mentionnée

dans la décision de résiliation, la résiliation ordonnée par le maître d'ouvrage est réputée être une résiliation simple [11] .

2 - Le droit de suivre l'exécution du marché de substitution en cas de résiliation

La décision de résilier le marché aux frais et risques de l'entreprise constitue, parmi le panel des mesures coercitives dont dispose le maître d'ouvrage, la sanction la plus lourde [12] . Cette résiliation s'accompagne de mesures destinées à sauvegarder les intérêts de l'entreprise dont le marché est résilié.

Certains CCAG, dont le CCAG-Tx (art. 48.5), garantissent au titulaire défaillant le droit de suivre l'exécution du marché de substitution. Ce droit se traduit par une obligation faite au maître d'ouvrage d'informer l'entreprise dont le marché a été résilié de son intention de passer un marché de substitution [13] et de son existence une fois notifié au nouveau titulaire [14] . À défaut, il ne pourra être mis à la charge de l'entreprise défaillante les dépenses résultant du marché de substitution [15] .

Le maître d'ouvrage doit veiller à ce que l'entrepreneur défaillant soit en mesure d'user du droit de suivre, en vue de sauvegarder ses intérêts, les opérations exécutées à ses risques et périls par le nouvel opérateur. Cette obligation s'étend aux membres d'un groupement défaillant, l'absence de notification du nouveau marché aux membres du groupement ne permet pas au maître d'ouvrage de faire supporter à ces derniers les dépenses liées au nouveau marché [16] .

Les autres CCAG ne prévoient pas le droit à communication du marché de remplacement. Elle est néanmoins indispensable pour obtenir de l'ancien titulaire le remboursement des dépenses concernées.

Une fois le marché résilié aux frais et risques de l'entreprise, le maître d'ouvrage doit s'attacher à commander les prestations qui permettent d'achever l'ouvrage. Encore faut-il que cette commande ait lieu dans un délai raisonnable, le juge administratif estimant qu'il ne peut être mis à la charge de l'entrepreneur défaillant les dépenses occasionnées par le marché de substitution, « eu égard au temps écoulé depuis la résiliation du contrat » [17] .

II. Comment choisir l'entreprise de substitution ?

Dans certains cas, le maître d'ouvrage ne dispose pas du choix de l'entreprise de substitution, lorsque la reprise des prestations par un tiers a été arrêtée par le tribunal de commerce dans le cadre d'un plan de cession. Dans cette hypothèse, la cession s'impose au maître d'ouvrage [18] . À cet égard, la question peut se poser de savoir si celui-ci peut refuser la cession sur le fondement de l'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000 [19] aux termes duquel le maître d'ouvrage, pour autoriser la cession, est en droit d'apprécier les garanties professionnelles et financières du cessionnaire. La marge de manœuvre du maître d'ouvrage nous semble quasiment nulle compte tenu des effets du plan de cession. Dans les autres cas, le maître d'ouvrage doit choisir l'entreprise de substitution suivant les règles issues du code des marchés publics. En la matière, les maîtres d'ouvrage ont longtemps bénéficié de mesures dérogatoires, supprimées avec l'entrée en vigueur du code dans sa version du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004.

Le marché de substitution doit être passé selon les procédures applicables au marché initial (A). Mais, la défaillance de l'entrepreneur crée souvent une situation particulière d'urgence qui peut autoriser le recours aux marchés négociés, voire à d'autres solutions pragmatiques (B).

A) L'alignement sur les procédures de droit commun du fait de la suppression de l'exception procédurale

Au stade où il doit faire appel à une nouvelle entreprise pour achever les prestations prévues au marché, le maître d'ouvrage doit souvent faire face à une situation d'urgence résultant notamment du risque de dégradation des ouvrages inachevés, des surcoûts liés au retard de la mise à disposition de l'ouvrage, de l'ajournement des prestations et de l'indemnisation des entreprises tierces intervenant sur le chantier.

Historiquement, il semble que les rédacteurs du code aient tenu compte de ces contingences. Ainsi, l'article 35-II, 3e du code dans sa version résultant du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 prévoyait que « les marchés que, dans des cas d'urgence, la personne publique doit faire exécuter en lieu et place du titulaire défaillant » pouvaient être négociés sans publicité préalable mais avec mise en concurrence.

Dans l'ancien code, l'acheteur public était exonéré des mesures de publicité préalable, qui sont effectivement les plus chronophages. Une mise en concurrence préalable s'imposait à lui, motivée par l'efficacité de l'achat public et le principe de bonne gestion des deniers publics.

Dans la même veine, l'article 48.3 de l'ancien CCAG-Tx prévoyait que le marché de substitution devait être passé « après appel d'offres avec publicité préalable », sauf en cas d'urgence, le recours au marché négocié étant alors possible.

L'exception instaurée par le code de 2001 a été supprimée dans le code tel qu'issu du décret du 7 janvier 2004, à la demande de la Commission européenne qui a fait valoir que ce cas de recours à la procédure négocié sans publicité mais avec mise en concurrence préalable n'était pas prévu par les directives. Pour passer un marché de substitution en lieu et place du marché initial, les acheteurs publics sont soumis aux contraintes de seuils fixées dans le premier marché.

Il est permis de penser que la souplesse introduite en 2006 par l'article 27, III, alinéa 4 du code des marchés publics, aux termes duquel il est possible de recourir à la procédure adaptée pour des petits lots, n'est pas de même niveau. Certes, cette mesure est applicable au cas de défaillance d'une entreprise en cours d'exécution d'un marché ayant donné lieu à une résiliation, cette dérogation pouvant s'appliquer à des lots « dont l'exécution est inachevée après résiliation du marché initial lorsque ces lots satisfont aux conditions de montants posées par l'article 27-III ». Cependant, pour être applicable, la prestation ou l'opération de travaux doit avoir fait au préalable l'objet d'une mesure d'allotissement. De plus, cette tolérance ne concerne que les lots :

- d'un montant inférieur à 80 000 € HT pour les marchés de fournitures et de services et 1 000 000 € HT pour les marchés de travaux ;
- dont le montant cumulé n'excède pas 20 % de la valeur de la totalité des lots.

En pratique, la dérogation posée par l'article 27-III du code a une portée toute relative. Seuls les lots d'un faible montant peuvent réellement bénéficier de cette dérogation.

B) D'autres solutions envisageables ?

Pour la passation du marché de substitution, le pouvoir adjudicateur ne bénéficie donc, par principe, d'aucune exception ou dérogation procédurale qui pourrait lui permettre de réaliser ses achats dans les meilleurs délais, compte tenu des contraintes qui s'imposent à lui. Il reste que la passation d'un nouveau marché pour achever des prestations ou un ouvrage peut correspondre aux conditions posées par l'article 35 du code des marchés, autorisant le recours au marché

négocié. On pense notamment à l'urgence, qui pour donner lieu à la conclusion d'un marché négocié sans publicité ni mise en concurrence, doit être une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et ne résultant pas de son fait. Dans bien des cas, la défaillance d'une entreprise en charge de l'exécution de travaux, lorsqu'il s'agit par exemple d'une réalisation présentant des caractéristiques ou des dimensions exceptionnelles (creusement d'un tunnel, construction d'un pont, et plus généralement toute prestation de travaux touchant directement à la sécurité du public ou à l'ordre public...) n'est pas loin de répondre à la situation d'urgence impérieuse exigée par les textes, comme le suggèrent certains praticiens [20]. Suivant l'instruction prise en application du code 2001, le recours au marché négocié pour des marchés faisant suite à des marchés résiliés, reposait sur l'urgence à assurer la continuité de la prestation :

« La défaillance du cocontractant ne justifie pas à elle seule le recours à la procédure négociée. Il faut qu'elle s'accompagne d'une urgence réelle à en continuer l'exécution. Tel peut être notamment le cas si l'arrêt du marché prive le service public des moyens qui lui sont nécessaires, dans une mesure de nature à porter atteinte à sa nécessaire continuité. Si la défaillance de son cocontractant laisse en revanche le temps à l'administration de relancer une nouvelle procédure selon les règles de droit commun, la passation d'un marché négocié selon cette procédure dérogatoire serait irrégulière. »

Dans ces hypothèses où une situation d'urgence impérieuse peut être objectivement caractérisée, le recours au marché négocié de l'article 35-II du code des marchés peut être envisagé, à condition que la défaillance de l'entreprise ne puisse être imputée au maître d'ouvrage en raison de son comportement au cours de l'exécution du marché. Il en serait ainsi du retard des paiements dus à l'entreprise et de l'application de pénalités disproportionnées au regard du marché et du préjudice subi par le maître d'ouvrage.

Les cas où la défaillance d'une entreprise revêtirait une gravité telle qu'elle pourrait justifier le recours, à titre exceptionnel, à l'article 35-I-1 du code, ne sont pas légion. En dehors de ces cas dont il faut admettre le caractère exceptionnel d'autres solutions nées de la pratique peuvent être envisagées.

La première consiste, notamment dans le cas d'une opération de travaux allotie, à confier la réalisation des prestations restant à achever à une entreprise tierce qui intervient sur le même chantier. Cela n'est possible que dans la mesure où l'avenant qui en résulte est conforme aux principes applicables à la conclusion des avenants, c'est-à-dire à condition que l'avenant ne change pas l'objet du marché ni ne bouleverse l'économie du marché initial.

La deuxième réside dans la commande de prestations de services ou de travaux similaires à celles figurant dans le marché initial, suivant les dispositions de l'article 35-II-6 du Code, à condition que le recours aux prestations similaires ait été prévu dans la mise en concurrence initiale.

D'autres solutions pratiques peuvent être envisagées avant que le marché de l'entrepreneur défaillant ne soit résilié. Pour l'achèvement des prestations d'un marché, il peut être utile de faire appel à un sous-traitant. Cette solution présente l'intérêt d'être rapide. Elle reste néanmoins soumise à l'initiative ou du moins à la bonne volonté de l'entrepreneur défaillant qui n'est pas dégagé de ses obligations vis-à-vis du maître d'ouvrage. En pratique, cette solution est plus pertinente lorsque les prestations restant à exécuter sont de faible importance.

Enfin, la cession du marché à une entreprise tierce (qui résulte également d'une initiative du

titulaire du marché) présente davantage de difficultés.

Adoptant une position différente de celle retenue par le Conseil d'État, la CJCE a jugé que la modification de l'identité du prestataire constituait en principe une modification substantielle assimilable à la passation d'un nouveau marché, sauf si elle procédait d'une réorganisation interne du titulaire ou si elle avait été prévue dès l'origine [21] .

Conclusion

En dehors de l'article 27-III, il n'existe pas dans le code des marchés publics de procédure de passation traitant spécifiquement des conséquences particulières de la défaillance d'une entreprise. Il n'est pas certain que les textes existants soient satisfaisants pour les acheteurs publics, la condition tenant à « l'urgence impérieuse » devant être interprétée de manière restrictive. Mais, compte tenu des diverses solutions de substitution existantes, on peut s'interroger sur l'utilité de définir plus précisément une procédure qui serait spécialement appropriée.

Rien de tel n'est pour le moment envisagé dans les projets de directives « marchés » et « concessions » présentés par la Commission européenne en janvier 2012.

Mots clés

Allotissement • Avenant • Marché négocié • Mise en demeure • Mise en régie • Résiliation
• Substitution •

.....
.....
[1] « Les défaillances d'entreprises », Stat Info, septembre 2012, Banque de France. [2] Instruction n° 12-005-MO du 26 janvier 2012 (NOR : BCRZ1200007J). [3] L'accès des entreprises en difficulté aux marchés publics, 5 juillet 2012. [4] Code de commerce, art. L.642-7. [5] CCAG-Tx, art. 48.7.2. [6] CCAG-Tx, art. 48.7.3. [7] CCAG-Tx, art. 48.7.3. [8] CCAG-Tx, art. 48.2 ; CCAG-FCS, art. 36 ; CCAG-MI, art. 41 et CCAG-PI, art. 36. [9] CAA Lyon 18 juillet 2007, req. n° 05LY00461. [10] Tel n'est pas le cas de la cession non formellement autorisée d'une concession, lorsque l'autorité concédante a manifestement accepté le principe de cette cession (CE 22 février 2008, Cne de Saugeon, req. n° 283891). [11] CE 10 juin 1992, SA Gentilini et Berthon, req. n°37115. [12] Ph. Delelis, Contrats marchés publ., n° 3, mars 2002, comm. 58. [13] CE 17 mars 1972, Figaroli, req. n°76453 : Lebon 1972, p. 224. [14] CE 13 mars 1993, Ville de Digne, req. n° 117096 CE 7 mars 2005, Sté d'études et entreprise d'équipements, req. n°241666[15] CAA Lyon 27 juin 1989, Centre hospitalier de la Fontonne, req. n° 89LY00317. [16] CE 7 mars 2005, req. n° 241666. [17] CE 24 novembre 2010, Synd. intercommunal d'alimentation en eau potable des communes de Sioule et Morge, req. n° 330648. Dans cette affaire, le Conseil d'État n'a pas qualifié la notion de durée. [18] AA Nancy 26 janvier 2006, req. n° 00NC01239. [19] CE avis 8 juin 2000, req. n° 364803. [20] F. Lichère, « Les hypothèses de procédure négociée de l' article 35 du code des marchés publics », III.221-7, Droit des marchés publics, Éditions du Moniteur. [21] CJCE 19 juin 2008, Preettext Nachrichtenagentur, aff. C-454/06.