



Les avatars contentieux de l'exécution des marchés publics

Dans le cadre de journée d'étude sur
Les marchés publics

Intervention de Mme Lucienne Erstein*

27 novembre 2016

- Présidente de La Cour Administrative d'Appel de Marseille

Je vais sans doute vous étonner en vous annonçant qu'il y a un terme que je n'utiliserai pas, c'est celui de « Code des marchés publics ». Tout simplement parce qu'il n'existe plus.

Nous nous y étions pourtant habitués, le premier Code des marchés publics date du 17 juillet 1964, il a été plusieurs fois modifié, un nouveau Code est apparu en 2001, qui a traversé deux grandes réformes, en 2004 et en 2006. Mais il n'a pas survécu à deux directives européennes adoptées le 26 février 2014, notamment la directive 2014/24 sur la passation des marchés publics, il a été abrogé et remplacé par l'ordonnance n°2025/899 du 23 juillet 2025 qui transpose les directives, cette ordonnance est complétée par un décret n°2016/361 du 25 mars 2016, il est vraisemblable qu'un nouveau Code apparaîtra prochainement qui pourrait être le Code de la commande publique.

Mais aujourd'hui, comme hier, un principe de base demeure, celui de l'égal accès aux marchés publics et à la commande publique. Il n'inspirera pas trop néanmoins notre propos, tourné vers l'exécution des marchés publics, donc après la phase d'attribution du contrat largement marquée bien entendu par ce principe auquel s'ajoute celui de la transparence des procédures de passation des marchés.

L'exécution des marchés publics devient l'affaire du juge administratif quand il y a litige et donc quand surgissent des difficultés. Ces difficultés, si on tente de les regrouper selon leur origine, sont de trois ordres. Il y a les difficultés qui viennent du contrat lui-même (I), les difficultés créées par les prestations commandées (II) et les difficultés dont l'acheteur public est à l'origine (III).

I- Quand les difficultés viennent du contrat

Le contrat peut être à l'origine du différend pour plusieurs raisons, parce qu'il est insuffisant, parce qu'il est illégal ou encore parce qu'il est inexistant.

Un contrat insuffisant

On peut qualifier un contrat d'insuffisant quand il n'envisage pas toutes les prestations qui sont nécessaires à la commande. C'est le cas, par exemple, quand les besoins de l'acheteur public, qui ont présidé à l'élaboration du marché, ont mal été identifiés, ou encore si ces besoins ont changé.

Or, la définition des besoins est une obligation, qui figure désormais à l'article 30 de l'ordonnance de 2015. Si l'acheteur public ne décrit pas précisément l'objet de sa commande, il n'obtiendra pas à l'évidence la prestation qu'il souhaite, ce qui constitue un premier inconvénient. Mais surtout – et cette conséquence affecte la régularité du marché – les opérateurs économiques n'auront pas été placés en situation de se porter candidat à l'attribution du contrat. Ne pouvant pas précisément connaître les besoins de l'acheteur public, des entreprises auront pu être dissuadées de présenter une offre. C'est le deuxième et important inconvénient à cette définition imparfaite du besoin que le marché doit satisfaire.

Dans le même temps, il n'est pas extravagant que les aléas d'un chantier, par exemple, révèlent des besoins nouveaux, sans que cette apparition ne soit à mettre sur le compte d'une quelconque négligence ce que sous –entend la définition insuffisante du besoin.

Avant l'abrogation du Code des marchés publics et l'adoption de l'ordonnance de 2015 et de décret de 2016 , le juge administratif oscillait entre des notions d'imprévision , de bouleversement de l'économie du contrat , à l'aune desquelles il recherchait si les contractants avaient eu le droit de signer un avenant, de convenir d'un marché complémentaire ou au contraire auraient dû estimer être en présence d'un nouveau marché et ainsi relancer , selon le montant en cause , les procédures de mise en concurrence exigées pour la commande publique.

L'apparition de besoins nouveaux n'est pas interdite, simplement il convient d'identifier le procédé contractuel qui permettra légalement de les satisfaire.

Et il faut bien reconnaître que les nouveaux textes clarifient quelque peu l'état du droit. Il semble que nous n'ayons pas plus à manier ses notions patiemment élaborées, au fil de nombreuses jurisprudences, d'imprévision, de sujétions imprévues, qui permettaient à l'entreprise d'exiger du maître de l'ouvrage public, d'obtenir la rémunération de prestations qu'une cause qui lui était extérieure et imprévisible l'avait contraint à exécuter.

L'article 65 de l'ordonnance renvoie au décret le soin de fixer les conditions de modification d'un marché public, tout en annonçant d'ores et déjà, qu'en tout état de cause, les modifications ne peuvent changer la nature globale du marché. Et si cette première condition cardinale ne peut être rempli alors l'acheteur public n'a plus qu'une seule chose à faire, résilier le marché. Et, bien sûr, passer un nouveau contrat dans le respect des règles de mise en concurrence.

Quand au décret, il identifie (art 139) six cas permettant une modification du marché public.

Certains cas vont de soi .Ainsi, il n'est pas surprenant que soit possible la modification prévue dans le contrat initial par une clause de réexamen « précise et sans équivoque» dit le texte. C'est le premier cas.

Le deuxième est complexe .Il vise la situation où un nouveau contrat avec un nouveau titulaire n'est pas envisageable , soit pour des raisons économiques ou techniques tenant notamment à la nature des équipements, services ou installations achetés dans le cadre du marché initial , soit parce que ce changement de titulaire présenterait un inconvénient majeur ,ou enfin si ce changement serait à l'origine d'une augmentation substantielle des coûts.

Dans une telle situation où l'acheteur public se voit contraint de conserver le même contractant, une modification – imprévue –du contrat est possible si des prestations nouvelles, sont devenues nécessaires .Il convient toutefois que le prix de ces prestations nouvelles n'excède pas la moitié du montant du marché initial.

Le troisième cas est plus simple .La modification est nécessaire en raison de « circonstances qu'un acheteur diligent ne pouvait pas prévoir» .C'est un peu notre ancienne notion de l'imprévision, mais en moins stricte, et qui ne concerne que l'acheteur public .En outre, là encore la prestation complémentaire est plafonnée à la moitié du marché initial

Le quatrième cas est plus original. C'est l'hypothèse où le marché demeure mais c'est un nouvel opérateur qui en devient titulaire. Cette possibilité est ouverte si une clause de réexamen le permet, ou alors si le marché est cédé dans le cadre d'une opération de restructuration .mais attention il ne faut pas qu'une autre modification substantielle soit apportée au contrat, ni que ce changement de titulaire ne soit une manœuvre pour contourner les obligations de publicité et de mise en concurrence.

Le cinquième cas ressemble un peu au premier, mais en plus sophistiqué. La modification est autorisée si elle n'est pas substantielle et ce, quel que soit son montant .Le texte définit heureusement la modification substantielle. C'est celle qui change la nature globale du marché. Une modification substantielle peut aussi être celle qui introduit dans le contrat des conditions qui, si elles avaient été présente dans le contrat initial, auraient attiré d'avantage de candidats ou auraient conduit au choix d'une autre offre que celle qui a été retenue. On voit bien ici la patte du législateur européen toujours préoccupé par l'égal accès de tous à la commande publique.

Est également substantielle et donc prohibée la modification qui transforme l'équilibre économique du marché en faveur de son titulaire ou encore qui modifie considérablement l'objet du marché.

Arrive le 6^{ème} et dernier cas .D'une manière générale, le contrat peut être modifié s'il n'excède pas " les seuils européens ", ces limites au –delà desquelles les marchés publics ne peuvent être passés qu'à l'issue d'une procédure formalisée.

Ces seuils sont les suivants : 135 000 euros pour les marchés de fournitures et de services de l'Etat (209 000 euros pour les collectivités territoriales)- 5225 000 euros pour les marchés de travaux.

Donc en dessous de ces limites les modifications des contrats sont possibles, sans autre condition que le prix des prestations supplémentaires .Ce prix ne doit atteindre 10% du montant du marché initial (15% pour les marchés de travaux).

Evidemment ce dernier cas est le plus courant et ses conditions sont sans doute les plus faciles à remplir.

Et j'en arrive maintenant aux difficultés promises .Quand la modification du contrat est possible ; il suffit de passer un avenant, de prolonger le contrat et de fixer un nouveau prix .Le cocontractant ne peut s'y opposer, sauf à contester le prix accepté par le maître de l'ouvrage.

La fixation de ce prix pose parfois problème, notamment quand a été passé un marché dit " à forfait ".Si l'économie du marché n'est pas bouleversée, le

cocontractant est censé assumer les aléas de la prestation et ne peut prétendre à aucune rémunération complémentaire. A moins que la difficulté qui a rendu nécessaire la nouvelle prestation soit imputable à une faute de l'acheteur public, auquel cas le cocontractant a droit à une rémunération complémentaire. Ce n'est pas le cas, en revanche si la faute est imputable à un constricteur (CE.5 juin2013, n°352917), Région-Normandie, table). Bien entendu si la prestation nouvelle est clairement identifiée comme n'ayant pas été prévue dans le contrat initial, le cocontractant sera en droit d'en exiger le versement du prix en dépit du marché à forfait qu'il – imprudemment – signé.

Toutefois, et même si les conditions du texte sont remplies, le cocontractant peut estimer que les prestations complémentaires qui lui sont demandées bouleversent l'économie du marché car elles concernent des conditions essentielles. Il peut donc refuser d'exécuter l'ordre de service ou la commande qui lui est adressées. Si le juge du contrat est saisi, il devra alors prononcer sur le bien-fondé du refus du cocontractant. S'il estime ce refus légitime, il pourra alors prononcée la résiliation du contrat et éventuellement condamner la personne publique à indemnise le cocontractant des préjudices qu'a pu provoquer l'entêtement du maitre d'ouvragea exiger la réalisation d'une prestation qui ne pouvait l'être.

En revanche si le juge du contrat estime sue l'acheteur public était en droit d'exiger du cocontractant, la réalisation de prestation complémentaires, il prononce là encore la résiliation du contrat, mais cette fois aux frais et risques du prestataire qui sera condamné à verser une indemnité en compensation des préjudices consécutifs cette fois au refus du cocontractant de répondre à la commande.

Dans les deux hypothèses, c'est la responsabilité contractuelle des deux parties qui est en cause, même si, par construction, il s'agit de prestations non prévues par le contrat.

Dans les autres situations où une modification du contrat pour la réalisation de nouvelles prestations n'est pas possible, li n'y a qu'une seule issue, la résiliation du contrat. A moins que le marché ne soit arrivé à son terme, auquel cas il suffit, pour l'acheteur public, de le laisser naturellement disparaître. Hors cette hypothèse, il convient donc de procéder à une résiliation, susceptible de donner lieu à contentieux dans le cadre notamment de l'établissement du décompte.

Un contrat illégal

Les difficultés nées d'une insuffisance du contrat ne sont rien face à celles qui surgissent en présence d'un contrat illégal.

Les motifs d'illégalité d'un contrat sont multiples. Il y a d'une manière classique les contrats qui sont sans causes. C'est-à-dire sans contrepartie, ou alors les contrats qui ont une cause ou un objet illicite. C'est le cas, par exemple, d'un contrat par le quel une personne publique délègue une compétence à un opérateur privé.

Le contrat peut être illégal si certaines clauses le sont et si ces clauses sont indivisibles. Sinon seules les clauses sont annulées et le contrat demeure.

L'illégalité peut également résider dans la position dominante que le contrat confère à son titulaire ou s'il a été attribué alors qu'une entente – illicite – avait été conclue entre les candidats potentiels.

Sur ce point, la question de la compétence de la juridiction administrative s'est posée. Car, en effet, une telle entente trahit la méconnaissance par les entreprises concernées des règles de la concurrence et non une faute contractuelle. Peu importe, a jugé le Conseil d'Etat. Le préjudice subi par l'acheteur public réside dans les conditions de prix désavantageuses qu'il a acceptées. Il réside donc dans les stipulations du contrat. Seul le juge administratif est compétent pour se prononcer sur l'action du maître de l'ouvrage contre son cocontractant (CE, 19 décembre 2007, n°268918, Sté Compenon Bernard, Rec.)

Une des causes d'illégalité est aussi- et souvent – une passation dans des conditions méconnaissant les principes de publicité et de mise en concurrence.

Les conditions ou circonstances dans lesquelles l'illégalité d'un contrat ont été bouleversées ces dernières années par plusieurs décisions du Conseil d'Etat qui a véritablement introduit de nouvelles règles du jeu.

La décision d'assemblées Société Tropic Travaux Signalisation Guadeloupe du 16 juillet 2007 a ouvert aux concurrents évincés la possibilité de solliciter l'annulation du contrat. Mais le terme "annulation " ne doit pas tromper. Il ne s'agit pas d'un recours pour excès de pouvoir, mais d'un recours de plein contentieux, qui permet au juge du contrat de ne pas forcément prononcer l'annulation.

L'arrêt d'assemblée Département du Tarn-et-Garonne du 04 avril 2014 a poursuivi en ouvrant le recours à tous les tiers au contrat et à tous les contrats, même ceux ne donnant pas lieu à une mise en concurrence. En contre partie, les recours contre les actes détachables des contrats ont disparu, sauf pour le préfet dans le cadre du contrôle de légalité qui lui incombe.

En revanche, les recours en excès de pouvoir contre les clauses réglementaires du contrat sont toujours possibles.

Mais cette ouverture est très encadrée. Les tiers doivent avoir un intérêt " suffisamment direct" à l'annulation du contrat et les moyens qu'ils invoquent contre le contrat doivent être inspirés par cet intérêt. Pour autant, le juge du contrat conserve le devoir de soulever d'office les moyens touchant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice du consentement, autrement dit d'invoquer les vices du contrat d'une particulière gravité.

Autre innovation, les parties au contrat peuvent également solliciter l'annulation du contrat, ce qui n'était pas possible auparavant (CE, ass, 28 décembre 2009, n° 304802, Commune de Béziers), ou en invoquer l'illégalité par exception.

L'ouverture jurisprudentielle doit également être nuancée au regard des recours. La stabilité et la loyauté des relations contractuelles, qui guident la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, sont des notions que le juge administratif

national a fait siennes et qui sous- tendent la démarche du juge du contrat à l'heure de l'examen de la nullité supposée. Même s'il constate, le juge conserve à l'esprit ces notions qui relèvent de l'intérêt général. Aussi, il ne réserve l'annulation du contrat qu'aux situations d'irrégularités particulièrement graves : un contenu du marché illicéité, un vice du consentement par exemple.

Si l'illégalité n'atteint pas cette intensité, alors – c'est bien un juge de plein contentieux- il préférera à l'annulation la poursuite du contrat, éventuellement après régularisation. Et si aucune régularisation n'est possible, le juge peut alors opter pour la résiliation, sauf si un motif d'intérêt général s'y oppose.

Ce sont les mêmes préoccupations qui animent le juge du contrat quand il examine le recours de l'une des parties. D'abord il écarte les irrégularités qui ne portent aucun préjudice à la partie qui s'en prévaut ou qui étaient connues depuis l'origine du contrat. Ensuite, l'annulation n'arrive pas tout de suite. Comme pour les tiers, le juge administratif vérifie si le contrat ne peut être pas poursuivi, éventuellement après régularisation. S'il opte pour la résiliation, il peut décider d'en différer la date afin de ne pas porter une atteinte excessive à l'intérêt général. L'annulation n'est prononcée que pour les illégalités les plus graves (vice du consentement, illicéité du contenu du contrat) et elle ne l'est pas rétroactivement.

Par exemple, le fait de prévoir que le marché prend effet à une date antérieure à sa signature et à sa notification, ne constitue pas une illégalité suffisante pour entraîner l'annulation du contrat (CE 22 mai 2015, n° 383596, Axa Corporate Solution Assurances, tables).

Quel que soit l'auteur du recours, les circonstances dans lesquelles l'illégalité a été commise influent la solution adoptée.

Evidemment, la résiliation ou l'annulation, ou le constat de l'illégalité ne sont pas les seules conséquences du contrat illégal. Une fois ces mesures prononcées, se pose alors la question de l'indemnisation des préjudices subis et du paiement des prestations effectuées.

La personne publique endosse vis-à-vis du prestataire la responsabilité de l'illégalité. Il doit donc le dédommager des préjudices qui résultent de l'annulation ou de la résiliation du marché. Parmi ces dédommages peut figurer le manque à gagner, autrement dit le bénéfice que l'entreprise pouvait espérer retirer de l'accomplissement complet du marché. Toutefois, si le contrat avait un contenu illégal, ce préjudice n'est pas indemnisable car l'entreprise n'aurait jamais pu exécuter légalement la prestation.

Le fondement juridique de l'indemnisation est différent selon qu'il y a résiliation ou annulation. Dans le cas de l'annulation le fondement de l'indemnisation sera une responsabilité quasi délictuelle. Si des prestations ont été réalisées, ce n'est pas sur le terrain du contrat qu'elles pourront être rémunérées puisque ce contrat n'a aucune valeur. Elles ne pourront l'être que sur la base d'un principe applicable dans cette hypothèse, celui de l'enrichissement sans cause. Autrement dit, l'entreprise est indemnisée à hauteur de l'utilité que ses prestations présentent pour la personne

publique. Si elles n'en n'ont aucune, aucune indemnité n'est allouée à ce titre. En revanche, si l'utilité est retenue, l'opérateur économique peut prétendre au remboursement de toutes les dépenses qu'il a supportées et qui ont donc été utiles à l'acheteur public. Si le manque à gagner est indemnisable, le juge du contrat doit s'assurer que la prise en charge des dépenses ne couvre pas le bénéfice perdu.

En revanche la résiliation engage la responsabilité contractuelle de l'acheteur public et les prestations exécutées doivent être payées sur la base des stipulations du marché. Là encore, le manque de gagner perdu peut donner lieu à indemnisation.

Dans tous les cas, si le cocontractant a pris une part fautive dans la survenance de l'illégalité, la responsabilité de la personne publique n'est pas totale. Cette responsabilité peut même disparaître si les circonstances révèlent, de la part de l'entreprise, une faute suffisamment grave.

Toutefois, et en dehors de l'hypothèse où il y a eu vice de consentement de la personne publique, les fautes qu'a pu commettre l'entreprise avant la signature du contrat n'affecte en rien son droit à indemnisation sur le terrain de l'enrichissement sans cause (CE, sect. 10 avril 2008, n °244950, Sté Decaux, Rec.).

Une Absence de contrat

La moindre commande publique doit donner lieu à un contrat écrit sauf s'il n'atteint pas la limite de 25 000 euros HT (art 15 du décret). En dessous de ce seuil, le contrat verbal est admis et l'absence de contrat écrit ne signifie donc pas absence de contrat dans cette hypothèse.

A partir de 25 000 euros, l'absence de contrat écrit équivaut à une absence pure et simple de contrat. Outre la responsabilité encourue par l'acheteur public face au juge des comptes, toutes prestations réalisées sans contrat ne pourront être rémunérées que sur le terrain de l'enrichissement sans cause.

Les autres dommages de l'opérateur économique, liés à la résiliation de prestations sans contrat peuvent être indemnisés. Il s'agit, quand elles ne sont pas déjà incluses dans l'indemnisation allouées au titre de l'enrichissement sans cause, des dépenses supportées par l'entreprise. Le manque à gagner n'est pas pris en compte dans la mesure où aucun contrat n'a été signé.

Bien souvent, le juge administratif tient compte aussi de l'imprudence de la "victime " qui, sauf cas particulier, ne peut ignorer qu'elle a réalisé des prestations sans contrat. L'indemnisation est ainsi amoindrie de cette imprudence constitutive d'une faute.

II- Quand les difficultés viennent des prestations

Après avoir passé en revue les désagréments pouvant s'abattre sur le contrat, j'en arrive à une deuxième source de difficulté, celle qui tient aux modalités de réalisation des prestations. Le regard se détourne dans cette partie de l'acheteur public pour observer l'opérateur économique, responsable, par définition, de prestation mal ou pas réalisées ou réalisées avec retard.

Des prestations mal ou pas réalisées

Face à un constructeur qui n'effectue pas les prestations prévues par le marché ou qui les réalise dans des conditions contraires aux règles de l'art, l'acheteur public n'a d'autre solution que de rechercher la résiliation du marché. Il doit auparavant suivre scrupuleusement la procédure prévue par les stipulations du marché, qui prévoit le plus souvent une mise en demeure donnant un certain délai à l'opérateur pour respecter ses engagements.

Mais même si le contrat n'envisage pas un tel préalable, les principes généraux de la commande publique se réfèrent aux règles de motivation des décisions défavorables (Loi du 04 juillet 1979) et des droits de la défense. Il est ainsi exigé que le cocontractant de l'administration soit invité dans un délai qui lui est indiqué à se conformer à ses obligations. Cette mise en demeure doit préciser la sanction qu'il encourt, soit en l'occurrence la réalisation du contrat à ses frais et risques.

Bien souvent, le contrat donne compétence à la personne publique pour prononcer elle-même la résiliation. Mais une telle clause n'empêche pas l'administration de se tourner vers le juge du contrat pour qu'il y procède. Dans le même ordre d'idées, le juge ne s'arrête pas à la liste des manquements donnée par le contrat comme justifiant une résiliation. Il peut estimer qu'un manquement même non prévu par le marché soit suffisamment grave pour justifier une résiliation. Et à l'inverse jugé qu'un manquement, bien que figurant dans la liste, n'est pas suffisamment grave pour provoquer la rupture du marché.

Les exemples de manquements graves justifiant une réalisation sont nombreux. L'interruption d'un chantier en est un.

Toutefois, le cocontractant peut s'opposer à la réalisation des difficultés d'exécution imprévisibles. Sous réserve, toutefois, que ces difficultés aient disparu ? Sinon la réalisation sera la seule issue. Et ces difficultés imprévisibles tempéreront alors la responsabilité de l'entreprise.

Le comportement fautif de la personne publique peut également être invoqué par l'opérateur pour justifier ses propres carences. Là encore, selon les circonstances, ce comportement peut soit faire obstacles à la réalisation, soit modérer la responsabilité de l'entrepreneur.

En revanche, un manquement éventuel de l'acheteur public à ces obligations contractuelles ne permet pas à l'entreprise d'interrompre ou de ne pas réaliser la prestation/ au contraire de l'administration, elle ne peut se faire justice à elle-même. Dans une telle situation, elle doit poursuivre, sauf impossibilité grave – bouleversement de la situation du cocontractant ou cas de force majeure, par exemple – l'exécution du marché et parallèlement, saisir le juge du contrat pour qu'il prononce la réalisation du marché, le cas échéant, aux torts de l'administration.

Il arrive que le contrat envisage la situation où l'acheteur ne respecte pas ses engagements et permette à son cocontractant, dans cette hypothèse, de réaliser le contrat.

Comme y est tenue la personne publique dans le cas inverse, l'entreprise doit au préalable avertir l'acheteur public de son intention. Cet avertissement a pour objet de permettre à la personne publique de décider, au nom de l'intérêt général, de poursuivre de l'exécution du marché. Auquel cas, l'opérateur n'a d'autre solution que de poursuivre la réalisation de la prestation, sauf à s'exposer à une réalisation à ses torts exécutif. Bien entendu, tout en poursuivant le contrat, l'opérateur peut contester, devant le juge du contrat, le motif d'intérêt général invoqué et tenter ainsi d'obtenir la réalisation souhaitée (CE, 08 octobre 2014, n° 370644 Sté Grenkel Location, Rec.)

Si la responsabilité du constructeur est engagée, la réalisation peut être prononcée par l'acheteur public ou par le juge du contrat, à ses risques. L'entreprise doit alors indemniser la personne publique des préjudices consécutifs aux manquements constatés.

Parmi ces préjudices figurent les surcoûts que la personne publique doit supporter pour obtenir la prestation que son cocontractant n'a pas ou mal réalisée, si l'acheteur public a dû entamer une nouvelle procédure de passation d'un nouveau marché, les frais supportés à cette occasion constituent un préjudice indemnisable. Il en est de même de l'augmentation du prix de prestation par rapport au prix convenu dans le marché résilié.

Cette indemnisation suppose que le règlement du marché soit différé ? La personne publique doit, en effet, attendre d'avoir achevé la nouvelle procédure de passation pour connaître l'intégralité des surcoûts dont elle devra supporter la charge/ mais évidemment, ce ne doit pas être un prétexte pour différer indéfiniment le règlement des dettes contractuelles. Le juge du contrat apprécie alors le temps écoulé depuis la résiliation pour déterminer si l'acheteur public doit ou non être regardé comme ayant renoncé à passer un marché de substitution (E, 24 novembre 2010, n° 33068, Syndicat intercommunal d'alimentation en eau potable des communes de Sioule et Morge, table).

Si l'acheteur public décide, sans barguigner, de faire effectuer les prestations par ses propres services, le surcoût de cette solution entre aussi dans le dommage indemnisable.

Des prestations réalisées avec retard

La situation est moins complexe quand la qualité des prestations n'est pas en cause ; mais plutôt le délai mis pour les réaliser.

Les contrats prévoient toujours des pénalités de retard, ainsi que les modalités de leur calcul.

A l'heure du compte, le maître de l'ouvrage déduit alors des sommes dues à l'entrepreneur les pénalités de retard ainsi calculées.

S'il y a contestation, celle-ci porte sur l'ensemble du décompte et suit les règles habituelles.

Mais l'acheteur public peut estimer que les pénalités de retard ne couvrent pas tous les préjudices que le retard de l'entreprise lui a fait subir. Ainsi, par exemple, ce retard peut avoir gêné les autres intervenants sur le chantier, que le maître de l'ouvrage a dû indemniser. Le retard peut aussi avoir retardé l'ouvrage d'un équipement, générateur de recettes pour la personne publique et ainsi faire apparaître un manque à gagner, etc.

L'acheteur public peut donc exiger à ce titre le versement, en plus des pénalités de retard, de dommages et intérêts.

Le rôle du juge administratif en ce domaine est également intéressant à souligner.

En dehors de la fixation du montant des dommages et intérêts, il peut moduler, si une partie le lui demande, le montant des pénalités de retard mises à la charge de l'entreprise. Il peut les diminuer s'il estime qu'elles atteignent un montant manifestement excessif. Si au contraire, il les estime d'un montant dérisoire par rapport à l'importance du marché, il peut au contraire les augmenter (CE, 29 décembre 2008, n° 296930, POHLM de Puteaux, Rec.). Il agit alors, s'il les augmente, dans le cadre de l'indemnisation des préjudices dont le retard est à l'origine.

Une dernière précision. Si par hasard le contrat ne fixe pas un délai d'exécution, ce silence n'autorise pas l'entrepreneur à retarder indéfiniment l'exécution de la prestation. Un délai raisonnable doit être respecté, qui est fixé évidemment sous le contrôle du juge du contrat (CE, 04 juillet 2014, n° 371633, Sté Orme, Rec.).

III- Quand la difficulté vient de l'acheteur public

C'est ma dernière hypothèse qui n'implique pas, comme on l'a vu, que le cocontractant de l'acheteur public soit responsable ou seul responsables des difficultés précédentes.

Mais il est des situations que seul l'acheteur public peut créer.

Par ses manquements bien sûr nous venons d'en parler, mais aussi par des initiatives que lui seul peut avoir. Nous avons évoqué les cas où l'acheteur public décidait unilatéralement de modifier l'étendue du marché en ajoutant des prestations.

On peut aussi songer à l'hypothèse où il décide au contraire d'en retrancher.

Et plus gravement de la situation voisine dans sa formulation, mais plus vaste dans ses effets, où il décide plus radicalement de renoncer à la poursuite de l'exécution du marché public au nom de l'intérêt général.

Jusqu'à un passé récent la jurisprudence vivait sur le principe selon lequel nul – pas même le juge naturel de l'administration qu'est le juge administratif – ne peut obliger une personne publique à demeurer dans les liens contractuels dont elle souhaite se défaire et peu importait la raison. Tout ne se dénouait pas une indemnisation du cocontractant.

Mais ce principe est battu en brèche depuis un arrêt de section du 21 mars 2011(CE, Commune de Béziers, n°304806, Rec.). Le juge peut désormais entendre une demande de reprise des relations contractuelles que lui soumet le cocontractant d'une personne publique qui a décidé de résilier le contrat.

La question qui se pose est celle de la validité de la décision de résiliation. Le juge examine les motifs de la résiliation. S'il les écarte ou si la seule raison invoquée – c'est notre hypothèse – est l'intérêt général, alors il recherche si la reprise des relations contractuelles qui lui est demandée ne porte pas une atteinte à l'intérêt général, L'intérêt général en lui-même ne suffit pas, car il se heurte à un autre principe, celui de la loyauté des relations contractuelles et il faut une atteinte excessive au premier pour que s'efface le second. Sinon le juge annule la décision de résiliation et ordonne – nous somme en plein contentieux – la reprise des relations contractuelles.

Autre précisions, l'intérêt général pris en compte recouvre également les inconvénients qu'il y aurait à résilier un marché nouveau souscrit par la personne publique si la reprise des relations contractuelles était ordonnée.

Au passage d'ailleurs et si le cocontractant de la personne publique le lui demande, il recherchera les préjudices que l'entreprise a pu subir du fait de l'interruption de l'exécution du contrat entre le moment où celle-ci a été décidée et la date qu'il fixe pour la reprise des relations contractuelles. Car, en effet, si le juge prend une telle mesure, il doit préciser à partir de quand le contrat doit reprendre vigueur.

Une précision, le pouvoir de résiliation unilatérale et la possibilité de contester une telle décision pour que reprennent les relations contractuelles existent même en présence d'un contrat intervenu entre deux personnes publiques (CE, 04 juin 2014, n° 368895, Commune d'Aubigny-les-Pothées, table).

Il peut arriver que le contrat prévoit les modalités d'indemnisation du cocontractant si l'acheteur public décide de résilier le contrat. Le juge ne s'estime pas totalement lié par ses stipulations. Inspiré par une jurisprudence selon laquelle il n'est pas possible de condamner une personne publique au paiement d'une somme dont elle ne doit pas supporter la charge (JP Mergui), le juge peut estimer que l'indemnité contractuelle est manifestement disproportionnée au préjudice subi par le cocontractant du fait de la résiliation, soit les dépenses exposées et le gain perdu. Il fixe alors une indemnité inférieure à la stricte application du contrat. En revanche, et cette position pourrait être débattue car le principe affirmé pour les personnes publiques vaut également pour les personnes privées, rien ne s'oppose à ce que le contrat prévoit une indemnisation du cocontractant inférieure au préjudice subi du fait de la résiliation pour motif d'intérêt général (CE, 04 mai 2011, n° 334280, Chambre de commerce et industrie de Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan, Rec.)

A côté de la résiliation unilatérale du contrat figure une autre hypothèse celle où l'acheteur public renonce à l'opération. Aucun contrat n'est signé.

C'est un principe. Rien ni personne ne peut obliger une personne publique à signer un contrat. L'acheteur peut en justifier, notamment au nom de l'intérêt général. Là le

droit à indemnisation de l'entreprise est sérieusement amoindri car le contrat n'a pas été signé et la personne publique seulement engagée par le lancement d'une procédure de passation.

L'indemnisation éventuelle du cocontractant dépend alors des circonstances de la renonciation et, en particulier, des motifs pour lesquels la personne publique renonce à son projet. L'indemnisation dépend aussi de l'origine des préjudices invoqués par le cocontractant sachant qu'il n'existe aucun droit à la signature d'un contrat.

Les dommages à prendre en compte seraient éventuellement les dépenses engagées car l'attributaire pressenti du contrat sur la foi des promesses de l'acheteur public, ou encore les frais engagés pour la présentation de l'offre.

Et je terminerai sur une notion extrême, celle du " fait du prince " qui permet à l'autorité administrative d'user sans faute de ses pouvoirs. Celui qui en est affecté dispose d'un droit à indemnisation sans qu'il soit nécessaire de démontrer une faute de l'administration.