

Foire aux questions

C

Conflits d'intérêts

Comment prévenir les conflits d'intérêts entre l'assistant à maîtrise d'ouvrage et les candidats au marché public

Dans son marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage, le pouvoir adjudicateur peut prévoir une clause imposant à son titulaire de divulguer, sur simple demande, les liens qui l'uniraient aux opérateurs économiques présentant leur candidature lors d'une procédure de passation d'un marché de travaux ultérieur. La jurisprudence lui permet d'imposer une telle obligation spécifique (CE, 24 juin 2011, n° 347720). Bercy l'a rappelé dans une réponse ministérielle du 20 septembre 2016. Le député de Seine-Maritime, Edouard Philippe (LR) s'interrogeait sur les conditions dans lesquelles le pouvoir adjudicateur peut prévenir d'éventuels conflits d'intérêts entre l'assistant à maîtrise d'ouvrage (AMO) et les entreprises dont il apprécie les candidatures lors d'une passation de marché ou les titulaires dont il suit l'exécution contractuelle. Le recours à un AMO étant fréquent dans les opérations de construction d'un ouvrage public.

Limites : les documents non exigibles

Le pouvoir adjudicateur ne peut pas exiger des candidats à un marché de travaux de produire des documents portant sur l'actionnariat de la société ou permettant d'établir les liens juridiques éventuels avec l'AMO (<u>CAA Paris, 6 novembre 2001, « Commune de Saint-Maur-des-Fossés », n° 99PA04215</u>). Ni rejeter la candidature d'une entreprise au seul motif qu'elle n'a pas réussi à prouver son indépendance par rapport à l'AMO.

Obligations de l'AMO

De son côté, l'AMO doit éviter tout conflit d'intérêts lorsqu'il participe au déroulement de la procédure de passation d'un marché, rappelle Bercy. Ainsi, il « ne doit pas fournir à certains candidats des informations privilégiées susceptibles de les avantager pour l'élaboration de leurs offres ou restreindre l'accès au marché en définissant le besoin ou les spécifications techniques » (CJCE, 3 mars 2005, aff. C-21/03 et C-34/03). La directive européenne du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics reprend ces principes.

Par ailleurs, l'AMO et les candidats au marché de travaux doivent respecter les dispositions du Code de commerce prohibant les ententes anticoncurrentielles. Notons que cela n'empêche pas l'AMO de collaborer ponctuellement avec l'un des pétitionnaires à condition que l'égalité entre les candidats soit préservée (CE, 24 juin 2011, n° 347720).

QE, n° 49422 d'Edouard Philippe, réponse ministérielle publiée le 20 septembre 2016



D

Délais de paiement

1- Quels sont les délais de paiement interentreprises ?

Deux situations sont à distinguer (article L441-6 du code de Commerce) :

1° le contrat ne prévoit rien : le délai de règlement est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution des prestations ;

2° le contrat prévoit un délai de paiement : celui-ci ne peut dépasser, en principe, 60 jours à compter de la date d'émission de la facture ; par dérogation, le délai peut être porté à quarante-cinq jours fin de mois à compter de la date d'émission de la facture, sous réserve qu'il ne constitue pas un « abus manifeste à l'égard du créancier ».

Depuis la loi du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, les OPCA sont expressément soumis aux délais de paiement interentreprises (article L6332-5-1 du code du travail), soit 60 jours à compter de l'émission de la facture ou 45 jours fin de mois.

2- Quels sont les délais de paiement applicables dans un contrat de vente international ?

Dans l'avis consultatif n° 16-12, la Commission d'examen des pratiques commerciales a estimé que les contrats de vente internationale de marchandises relevant de la convention de Vienne du 11 avril 1980 ne sont pas soumis au plafond des délais de paiement prévu par la législation française à l'article L. 441-6 I alinéa 9 du code de commerce. Elle a estimé en outre que les délais de paiement convenus entre les parties ne devraient pas constituer un « abus manifeste à l'égard du créancier, c'est-à-dire traduire un écart manifeste par rapport aux bonnes pratiques et usages commerciaux, contraire à la bonne foi et à un usage loyal, compte tenu de la nature du produit ».

3- Quels sont les délais de paiement applicables en matière de marchés publics ?

Etat Etablissements publics nationaux administratifs (hors établissements de santé) Collectivités territoriales Etablissements publics locaux	30 jours
Etablissements de santé	50 jours
Etablissements publics nationaux industriels et commerciaux	60 jours



Les délais de paiement commencent à courir en principe à compter de la date de réception de la demande de paiement.

4- En matière de marchés publics de travaux, quel est le point de départ du délai de paiement ?

S'agissant du solde d'un marché public de travaux, le point de départ du délai de paiement est la date de réception par le maître de l'ouvrage du décompte général et définitif, c'est-à-dire du décompte proposé par l'acheteur et accepté par le titulaire (article 2 du décret du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique).

Le marché doit être soumis au Code des marchés publics, donc conclu avant le 1^{er} avril 2016, date d'entrée en vigueur de la réforme du droit des marchés publics.

En cas de contestation du décompte général, aucune solution n'est posée par les textes et la jurisprudence est incertaine : certaines cours administratives d'appel retiennent la date de notification du projet de décompte final, d'autres la date de notification du décompte général et d'autres enfin la date de notification du mémoire contestant le décompte général.

5- Que se passe-t-il si l'acheteur public paye le titulaire du marché en retard ?

Si un acheteur public paye le titulaire en retard, il lui doit :

- des intérêts moratoires calculés en fonction du nombre de jours de retard (art. 39 de la loi du 28 janvier 2013);
- une **indemnité pour frais de recouvrement** d'un montant forfaitaire de 40 euros par facture en retard, quel que soit le nombre de jours de retard (<u>art. 40 de la loi du 28 janvier 2013</u>).

Les intérêts moratoires et l'indemnité pour frais de recouvrement sont dus de plein droit et sans aucune formalité : il n'est pas nécessaire d'envoyer une mise en demeure à l'acheteur public.

Ils doivent être payés dans un délai de 45 jours suivant le paiement du prix du marché.

6- Comment calcule-t-on les intérêts moratoires en matière de marchés publics ?

Les intérêts moratoires sont calculés en appliquant le taux des intérêts moratoires au montant dû, pris toutes taxes comprises (avec la TVA), en fonction du nombre de jours de retards.

La formule de calcul est la suivante : montant de la facture x (nombre de jours de retard / 365) x taux des intérêts moratoires applicable.

Le taux des intérêts moratoires est le suivant :



Contrats conclus à compter du 16 mars 2013 (à condition que le délai de paiement de la créance ait commencé à courir à compter du 1ier mai 2013)	Etat et établissements publics administratifs, collectivités territoriales et établissements publics locaux	Taux directeur de la Banque centrale européenne (BCE), en vigueur au 1er jour du semestre au cours duquel les intérêts moratoires ont commencé à courir, majoré de 8 points de pourcentage
Contrats conclus avant le 16 mars 2013	Etat et établissements publics administratifs, collectivités territoriales et établissements publics locaux	Taux directeur de la BCE augmenté de 7 points
	Etablissements publics de santé	Taux de l'intérêt égal, majoré de deux points

7- <u>Le titulaire d'un marché public peut-il renoncer aux intérêts moratoires dans le cadre d'une transaction ?</u>

En matière de marchés publics, toute renonciation au paiement des intérêts moratoires exigibles est réputée non écrite, c'est-à-dire qu'elle est censée ne jamais avoir existé et ne produira donc aucun effet (article 67 de <u>la loi du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier</u>).

Le Conseil d'Etat en a déduit l'interdiction absolue de renoncer aux intérêts moratoires dus en raison de retards dans le règlement des marchés publics, quel que soit le moment où cette renonciation intervient (CE, 17 octobre 2003, n°249822).

Dès lors, une transaction par laquelle le titulaire renoncerait à tout ou partie des intérêts moratoires serait illégale.

8 - <u>L'acheteur public peut-il subordonner le paiement de travaux supplémentaires à la signature</u> d'un avenant ?

Non, répond la Cour administrative d'appel de Paris. Le maître d'ouvrage est tenu de payer les travaux supplémentaires qu'il a demandés par ordre de service, lorsque le titulaire en a accepté le principe et le prix. Il ne peut ensuite arguer de l'absence d'avenant pour se refuser à exécuter l'obligation qu'il a lui-même contractée. (CAA Paris, 3 avril 2007, Stés Cégélec et Inéo, N° 04PA02708)



M

Maquettes et prototypes

<u>Un candidat à un marché public qui aurait produit des maquettes, ou simplement des plans importants, peut-il demander une indemnité au pouvoir adjudicataire lorsqu'il n'est pas retenu ?</u>

L'article 57 III. du décret du 25 mars 2016 dispose que : « L'acheteur peut exiger que les offres soient accompagnées d'échantillons, de maquettes ou de prototypes ainsi que de tout document permettant d'apprécier l'offre. Lorsque ces demandes impliquent un investissement significatif pour les soumissionnaires, elles donnent lieu au versement d'une prime. Le montant de la prime est indiqué dans les documents de la consultation et la rémunération du titulaire du marché public tient compte de la prime reçue. »

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=B2A44FB53C5BC7ECCBA949E1AC06 3EBB.tpdila18v_2?idArticle=JORFARTI000032296693&cidTexte=JORFTEXT000032295952&dateTexte=29990101&categorieLien=id

Médiation et procès

1- <u>Une clause de règlement amiable obligatoire et préalable à la saisine du juge empêche-t-elle la saisine directe du juge ?</u>

En matière civile, la Cour de cassation considère qu'une telle clause fait obstacle à la saisine directe du juge (<u>Cass ch. Mixte</u>, <u>14 février 2003</u>, <u>n°00-19423</u>).

A noter que cette irrecevabilité ne peut être régularisée en cours d'instance (<u>Cass. 3^e civ., 6 octobre 2016, n°15-17989</u>). La partie qui aura saisi le tribunal sans avoir tenté de règlement amiable du litige devra d'abord mettre en œuvre la clause avant de recommencer éventuellement une procédure depuis le début devant un tribunal.

Le juge administratif l'a également admis (CE Sect 26 juillet 1985 n° 49087 Soc. Dégremont).

2- <u>Quelles sont les différences entre l'obligation de justifier d'une tentative de résolution amiable instaurée par le décret du 11 mars 2015, et les clauses de règlement amiable qui peuvent figurer dans un contrat ?</u>

D'après les articles 18 à 26 du décret du 11 mars 2015, le demandeur a l'obligation de justifier d'une tentative de résolution amiable du litige avant de saisir le juge. Pour autant, ce n'est pas le recours à un mode alternatif de règlement des litiges qui devient obligatoire, mais la justification de la tentative de résolution amiable du litige.



Cette nouvelle obligation inscrite aux articles 56 et 58 du Code de procédure civile n'est valable que pour l'ordre judiciaire. Elle est donc inapplicable dans toutes les instances devant le juge administratif et notamment en matière de commande publique.

Dans les cas où un demandeur ne pourrait justifier de ces tentatives de résolution amiable, le juge pourra suspendre l'instance et désigner un médiateur ou un conciliateur pour remédier à cette carence.

Aussi, il est fortement recommandé au demandeur d'effectuer sa proposition de règlement amiable par écrit à la partie adverse afin de garantir la preuve de celle-ci.

Cependant, dans l'hypothèse d'un motif légitime tenant à l'urgence ou à la matière considérée, en particulier lorsqu'elle intéresse l'ordre public, le décret de 2015 exonère le demandeur à l'action de de justifier d'une tentative de résolution amiable.

Dans le cadre d'une clause de règlement amiable, les obligations exactes des parties vont dépendre du contenu exact de ladite clause. Le plus souvent, les parties identifient au préalable un mode de règlement amiable auquel elles devront avoir recours.

Récemment, la Cour de Cassation a confirmé le caractère obligatoire de ses clauses, en jugeant qu'une demande en justice était irrecevable et impossible d'être régularisée si les parties n'avaient pas respecté les prescriptions de la clause de résolution amiable (<u>Cass.</u>, <u>ch. mixte</u>, <u>12 déc. 2014</u>; <u>Civ.</u> 3e, 6 oct. 2016).

Ainsi, contrairement au décret de 2015, les clauses de règlement amiable des litiges rendent le recours à un mode de règlement alternatif obligatoire, il ne suffit donc pas de justifier de tentatives en ce sens.

3- <u>Le recours à la médiation des entreprises suspend-elle l'instance en cours ?</u>

Il n'y a pas d'effet suspensif automatique.

En matière civile, le juge peut suspendre l'instance en prononçant une décision de sursis à statuer (<u>articles 378 et suivants du Code de procédure civile</u>). Cette décision lui appartient souverainement, mais il sera de bonne administration de la justice de l'accorder et en pratique, il l'accorde fréquemment sauf lorsque les délais de conclusion sont impératifs.

Devant la juridiction administrative, le juge peut décider de surseoir à statuer pour faire droit à une demande des parties (CE 13 janv. 1954, Fumey, Lebon 30).

4- Le recours à la médiation suspend-il l'exécution d'une décision de justice?

Le recours à la médiation ne suspend pas l'exécution d'une décision de justice. Ce qui signifie que seule la partie en faveur de qui la décision est rendue, pourra envisager de renoncer au bénéfice de cette décision et accepter d'entrer en médiation.



En matière civile : s'il est fait appel du jugement rendu en 1^{ère} instance, cet appel a en principe un effet suspensif, à moins que le juge de première instance n'ait accordé l'exécution provisoire. Le recours en cassation n'a pas d'effet suspensif.

En matière administrative : l'appel, comme le pourvoi en cassation, n'a pas d'effet suspensif. Le jugement de première instance doit être exécuté, sauf à obtenir auprès du juge un sursis à l'exécution.

5- <u>En matière de marché public, si la médiation n'aboutit pas, le titulaire du marché peut-il saisir ensuite le Comité consultatif de règlement amiable (CCRA) ?</u>

Oui, rien n'empêche au titulaire d'un marché public de saisir le CCRA afin de parvenir à un règlement amiable du litige, en cas de refus de l'autre partie d'entrer en médiation ou en cas d'échec de la médiation. Néanmoins, il devra garder à l'esprit que, s'il y a urgence, cette nouvelle saisine rallongera inexorablement les délais de traitement.

P

Pénalités de retard

1- <u>A quelles conditions un acheteur public peut-il infliger des pénalités de retard au titulaire d'un marché public ?</u>

Les pénalités de retard doivent avoir été prévues par le contrat (CE, 17 avril 1985, OPHLM de la Meuse c/ amiel, R.D.P., 1985, p. 1706). Les Cahiers des clauses administratives générales (CCAG) type comportent des stipulations relatives à des pénalités de retard. Les marchés qui font référence à ces CCAG type prévoient *de facto* l'application de pénalités de retard.

Sur le fond, le retard doit être imputable au titulaire du marché, ainsi qu'il en ressort de la jurisprudence administrative. Sur la forme, l'acheteur public doit en principe mettre en demeure le titulaire, à moins que le contrat ne le dispense de cette formalité, comme cela est prévu dans certains CCAG.

2- <u>L'acheteur public qui a réceptionné des travaux sans réserves peut-il appliquer ensuite des pénalités de retard ?</u>

Oui, il le peut. Le Conseil d'Etat a jugé que la réception sans réserves ne faisait pas obstacle à l'application des pénalités de retard (<u>CE, Section du Contentieux, 6 avril 2007, 264490</u>).

3- <u>Dans un marché public, en cas de retard dû à un sous-traitant, qui paye les pénalités de retard ?</u>

En cas de retard dû à un sous-traitant, c'est le titulaire du marché qui se verra infliger les pénalités de retard par l'acheteur public, et non le sous-traitant.



C'est l'application du principe de responsabilité personnelle de l'entrepreneur principal en cas de faute imputable à son sous-traitant, posé par l'<u>article 1</u> de la Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance et rappelé par l'<u>article 62</u> de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics .

Néanmoins, le titulaire du marché pourra se retourner contre son sous-traitant, afin de lui répercuter le montant de ces pénalités.

4- Y a t-il des limites au montant des pénalités de retard applicables ?

Aucune disposition règlementaire ou législative ne prévoit de plafonnement du montant des pénalités de retard.

Néanmoins, la jurisprudence est venue fixer une limite. Le juge s'est reconnu le pouvoir de moduler le montant des pénalités de retard fixé par l'acheteur lorsque leur montant est « manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché » (CE, 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, n°296930). Le Conseil d'Etat a jugé en 2016 que des pénalités représentant 26% du montant total du marché n'atteignaient pas un montant manifestement excessif (CE, 20 juin 2016, CREA, 376235).

5- <u>A partir de quel montant les pénalités de retard représentent-elles un montant manifestement excessif au sens de la jurisprudence du Conseil d'Etat ?</u>

Le juge procède en comparant le montant des pénalités de retard au montant global du marché.

Le Conseil d'Etat n'a pas indiqué le seuil à partir duquel des pénalités de retard sont excessives. Néanmoins, les arrêts rendus au cas par cas permettent de dégager des indications sur l'appréciation du caractère excessif des pénalités de retard.

Ainsi, le Conseil d'Etat a estimé en 2008 que des pénalités de retard dont le montant représentait 56,2% du montant global du marché étaient manifestement excessives (CE, 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux, n°296930).

A contrario, le Conseil d'Etat a jugé à deux reprises, en 2015 et en 2016, que des pénalités de retard représentant 25% du montant global du marché n'étaient pas excessives (Conseil d'État, 7e ssjs, 11 février 2015, 376186; CE, 20 juin 2016, CREA, 376235).

Il apparaît à la lumière de ces décisions que des pénalités dont le montant n'est pas jugé manifestement excessif par le juge peuvent tout de même représenter des sommes très importantes pour l'entreprise titulaire du marché.

6- Un acheteur public peut-il renoncer à appliquer les pénalités de retard prévues au contrat ?

Oui, un acheteur public peut renoncer à appliquer les pénalités de retard prévus au contrat (CE, 17 mars 2010, Commune d'Issy-les-Moulineaux, n°308676), de manière unilatérale ou contractuelle.

La Direction des affaires juridiques de Bercy invite les acheteurs publics à user de cette faculté, en particulier lorsque le titulaire du marché est une TPE ou une PME, pour laquelle la mise en œuvre des pénalités peut avoir de lourdes conséquences financières (Les pénalités de retard dans les marchés publics, Fiche DAJ Bercy).



7- <u>Que peut faire le titulaire lorsque l'acheteur public applique les pénalités en raison d'un</u> retard dans l'exécution d'une tranche ou d'une partie d'un marché ?

L'acheteur public peut appliquer des pénalités de retard sur une tranche ou un partie d'un marché, à condition que cela soit prévu par le marché. Le CCAG Travaux prévoit expressément cette possibilité. L'entreprise ne peut pas contester l'application de ces pénalités, dans un premier temps du moins. En effet, le CCAG Travaux prévoit le remboursement des pénalités appliquées si, d'une part, le délai global prévu par le marché est respecté, et si, d'autre part, le retard partiel n'ait pas eu d'impact sur les autres travaux de l'ouvrage. C'est pourquoi on parle de pénalités de retard provisoires, qui seront ou non confirmées à l'issue du chantier.

Perte de chance

1- <u>Un candidat évincé peut-il se prévaloir de la perte d'une chance sérieuse d'obtenir un marché alors même que son offre est irrégulière</u> ?

Le Conseil d'Etat a répondu par la négative à cette question. Un groupement ayant présenté une offre irrégulière "ne peut être regardé comme ayant été privé d'une chance d'obtenir un marché". En effet, seuls des candidats ayant présenté une offre régulière peuvent avancer ce raisonnement. En cas d'offres irrégulières, ce n'est que si l'ensemble des concurrents n'a pas été invité à modifier leur projet respectif que le moyen de l'égalité de traitement des candidats peut être soulevé. Le Sivom a bien respecté ce principe en permettant une régularisation des offres. Le candidat évincé aurait dû saisir cette opportunité, ce qu'il ne semble pas avoir fait, à l'inverse du candidat retenu.

En l'espèce, un marché de maitrise d'œuvre est lancé par le SIVOM de Saint-François-Longchamp Montgellafrey, plusieurs offres sont déclarées irrégulières. Le Sivom propose alors aux candidats de se mettre en conformité avec les besoins du marché. Après régularisation, le marché est attribué. Cependant, le groupement Atelier Dujol Architecture, candidat évincé, estime avoir été privé d'une chance sérieuse d'obtenir ledit marché.

Conseil d'État, 7ème / 2ème SSR, 8 octobre 2014

2- Comment fixer le montant du manque à gagner d'un candidat irrégulièrement évincé ?

Une entreprise irrégulièrement évincée d'une procédure de passation d'un marché public et disposant d'une chance sérieuse d'emporter le marché a droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner en résultant pour elle, lequel inclut nécessairement, et sauf stipulation contraire du contrat, les frais de présentation de l'offre.

La société HSC avait candidaté à la passation d'un marché relatif à la fourniture et à l'installation de stérilisateurs à vapeur et en a été irrégulièrement évincée en n'ayant pas été avertie de l'un des sous-critères du marché.



Or, lorsque l'acheteur décide d'apprécier un ou plusieurs critères d'attribution grâce à des souscritères, il doit les mentionner ainsi que leur pondération, dans le règlement de consultation ou dans l'avis d'appel public à concurrence. En l'espèce, la société HSC, qui avait une chance sérieuse d'emporter le marché litigieux, a donc droit à l'indemnisation de l'intégralité du manque à gagner, lequel ne doit pas être déterminé en fonction du bénéfice brut constaté dans son activité, mais du bénéfice net que lui aurait procuré le marché si elle l'avait obtenu.

Afin de déterminer l'étendue de la réparation du préjudice du concurrent irrégulièrement évincé, le juge doit d'abord s'assurer que l'entreprise requérante avait une chance sérieuse de remporter le marché. Il va donc examiner trois cas de figure :

- soit l'entreprise est dépourvue de toute chance de remporter le marché et n'a donc droit à rien,
- soit elle n'est pas dépourvue de toute chance sans pour autant avoir une chance sérieuse et a alors droit au remboursement des frais de dossier,
- soit, elle a une chance sérieuse et a droit d'être indemnisée du manque à gagner.

CAA Lyon, 20 octobre 2011, Sté HSC, req. n° 10LY02217



R

Rupture brutale des relations commerciales

Notion de rupture brutale	Rupture sans préavis écrit d'une durée suffisante (article L. 442-6-I 5°)
Etendue de la rupture	La rupture peut être totale ou seulement partielle (exemple : baisse significative des commandes non liées au contexte économique)
Entreprises concernées	Tout producteur, commerçant, industriel ou artisans, qu'il fournisse des biens ou des services et qu'il soit client ou fournisseur. Seules certaines professions libérales sont exclues de ce dispositif.
Types de relations concernées	Relations établies, même en l'absence de contrat. Les critères d'une relation établie sont la durée, la continuité et l'importance du chiffre d'affaires réalisé et sa variation. Les appels d'offre en précarisant les relations excluent toute relation établie.
Exceptions	La résiliation unilatérale reste possible en cas d'inexécution par une partie de ses obligations ou en cas de force majeure
Durée moyenne de préavis	La moyenne du préavis accordé par les juges est d'un mois par année d'ancienneté des relations, avec un écrêtement à partir de 10 ans d'ancienneté
Durées spéciales de préavis	La durée de préavis est doublée dans deux cas : 1° lorsque la relation commerciale concerne la fourniture de produits sous la marque du distributeur. 2° en cas d'enchères à distance
Préjudice réparable	Gain manqué pendant la période de préavis qui aurait dû être observée
Evaluation du préjudice	Marge brute escomptée par l'entreprise durant la période d'insuffisance de préavis. La marge brute est calculée à partir de la moyenne des trois derniers exercices clos.
Réalité du préjudice	La Cour de cassation admet de manière assez automatique la réparation, quelle que soit la réalité du préjudice subi.
	Néanmoins, la Cour d'appel de Paris, dans plusieurs arrêts rendus en janvier 2016, a refusé la réparation à des entreprises qui avaient réussi à se reconvertir dans un temps très bref.
Autres préjudices réparables	Préjudices qui résultent directement de la rupture (exemple : licenciements, investissements spécifiques non amortis, etc.)



Recours en matière de commande publique

1- Les différents types de recours et le délai dans lequel ils doivent être formés :

Le référé contractuel est ouvert dans les 31 jours suivant la publicité de l'attribution. Le recours en contestation de la validité du contrat est ouvert dans les deux mois suivant la publicité de l'attribution.

Un recours en réparation pour faute de l'acheteur public est ouvert sans limitation de durée.

2- <u>Le principe de l'indemnisation des entrepreneurs évincés en cas d'attribution irrégulière :</u>

L'illégalité commise par le maître de l'ouvrage en écartant certains candidats et en attribuant le marché dans des conditions irrégulières engage sa responsabilité pour faute et ouvre droit à indemnité au profit des entrepreneurs évincés (CE 7 juill. 1999, Sté Actek, req. no 177411).

Les conditions d'indemnisation des candidats irrégulièrement évincés varient en fonction des chances qu'ils avaient d'emporter le marché

Le candidat non dépourvu de toute chance sérieuse d'obtenir le marché a droit à une indemnité correspondant aux frais qu'il a inutilement exposés pour participer à la consultation (CE 23 mars 1994, Sivu pour l'étude et pour la réalisation du golf de Cognac, req. nos 101079 et 116391; CE 29 déc. 2008, M. Robert, BJCP 2009. 168).

Les candidats ayant une chance sérieuse d'obtenir le marché ont droit à une réparation couvrant à la fois les frais engagés et l'intégralité du manque à gagner qu'ils ont subi (CE 10 janv. 1986, Sté des Travaux du midi, Lebon T. 717; CE 21 sept. 1992, Cne de Bagnols-sur-Cèze c/Sarl Alpha Ambulances, req. no 111555; CE 27 janv. 2006, Cne d'Amiens, req. no 259374). Le juge a précisé que cette indemnisation devait être fixée au niveau de la marge nette que l'entreprise aurait réalisée en exécutant le marché (CE 11 févr. 2011, communauté de communes du Pays d'Arlan, req. no 337193).

S

Sous-traitance

1- Quelles sont les garanties de paiement dont bénéficie le sous-traitant ?

Le sous-traitant bénéficie de garanties contre le défaut de paiement de l'entrepreneur principal en vertu de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, à la double condition d'avoir été accepté, et d'avoir fait agréé ses conditions de paiement, par le maître d'ouvrage.

Ces garanties sont différentes selon que le maître de l'ouvrage est une personne publique ou une personne privée :

- En présence d'un maître d'ouvrage public, il faut distinguer selon le rang du sous-traitant :
 - le sous-traitant de premier rang a droit au paiement direct du montant du contrat de soustraitance par le maître de l'ouvrage (article 6 alinéa 1);



- le sous-traitant de rang inférieur ne bénéficie pas du droit au paiement direct, mais leur propre donneur d'ordre doit lui délivrer une caution ou une délégation de paiement (article 6 alinéa 4).
- En présence d'un maître d'ouvrage privé, les sous-traitants, quel que soit leur rang, doivent obtenir de leur donneur d'ordre une caution bancaire ou une délégation de paiement (article 14). A titre subsidiaire, ils disposent d'une action directe auprès du maître de l'ouvrage (article 12 alinéa 1) afin de se faire payer auprès de lui, dans la limite des sommes que le maître de l'ouvrage doit encore à l'entrepreneur principal (article 13 alinéa 2).
- 2- <u>En matière de marché public, à quelles conditions le sous-traitant de rang 1 du titulaire du marché peut-il bénéficier du paiement direct auprès du maître d'ouvrage ?</u>

Le droit au paiement direct est subordonné à la double condition de l'acceptation du sous-traitant et de l'agrément de ses conditions de paiement par le maître d'ouvrage (article 3 et article 6 de la loi du 31 décembre 1975).

Le titulaire doit présenter une demande d'acceptation au maître d'ouvrage : le sous-traitant ne peut suppléer la carence du titulaire en présentant lui-même une demande d'acceptation (CE, 3 avril 1991, Syndicat intercommunal d'assainissement du plateau d'Autrans-Meaudre, req. n°90552).

L'acceptation doit intervenir avant tout commencement d'exécution : le sous-traitant ne peut prétendre au paiement direct des travaux exécutés antérieurement à la date de son acceptation (même arrêt).

3 - L'acceptation du sous-traitant peut-elle être tacite?

La réponse est quasi unanimement négative. L'acceptation du sous-traitant doit être expresse.

En présence d'un maître d'ouvrage privé, l'acceptation tacite a été admise par quelques arrêts isolés de la Cour de cassation. La position de la jurisprudence judiciaire est majoritairement celle du refus de l'acceptation tacite.

En présence d'un maître d'ouvrage public, le juge administratif refuse catégoriquement l'acceptation tacite. L'acceptation et l'agrément de ses conditions de paiement ne peuvent résulter de la simple connaissance par le maître de l'ouvrage de la présence du sous-traitant sur le chantier (CE 2 juin 1989, Ville de Boissy-Saint-Léger c/ Sté Nouvelle de Constructions Industrialisées, req. n°65631).Il faut une décision du maître de l'ouvrage.

Plus encore, cette décision doit avoir été précédée d'une demande d'acceptation présentée par l'entrepreneur principal, et par lui seul. En l'absence d'une telle demande, le maître d'ouvrage ne peut prononcer l'acceptation du sous-traitant (CE 3 avril 1991 Synd. Intercommunal d'assainissement du plateau d'Autrans-Meaudre req n°90552). Le sous-traitant ne peut suppléer la carence du titulaire en présentant lui-même une demande d'acceptation. Il faut impérativement une demande d'acceptation émanant de l'entrepreneur principal.

4- <u>L'acceptation peut-elle intervenir à tout moment</u>?

En présence d'un maître d'ouvrage public, l'acceptation doit impérativement intervenir avant tout commencement d'exécution : le sous-traitant ne peut prétendre au paiement direct des travaux exécutés antérieurement à la date de son acceptation (CE, 3 avril 1991, Syndicat intercommunal d'assainissement du plateau d'Autrans-Meaudre, req. n°90552). Le juge administratif est très rigoureux sur ce point.



5- <u>En présence d'un maître d'ouvrage public, le sous-traitant dont les garanties de paiement</u> n'ont pas fonctionné peut-il exercer l'action directe contre le maître de l'ouvrage ?

Non, il ne le peut pas. En effet, l'action directe est réservée aux contrats de sous-traitance passés dans le cadre d'une maîtrise d'ouvrage privée (Civ. 3e 19 janv. 1982, SA Infraco c/ SNCF, n° 80-13597; CE 17 mars 1982, Sté Périgourdine d'étanchéité et de construction, n° 23440).

Le sous-traitant direct qui n'aura pas été accepté par le maître de l'ouvrage ne pourra pas exercer l'action directe en lieu et place du paiement direct. Il ne pourra se faire payer qu'auprès de son donneur d'ordre.

Il en ira de même pour les sous-traitants de rang inférieur qui n'auront pas exigé de garantie de paiement auprès de leur donneur d'ordre ou qui n'auront pas pu mettre en œuvre la garantie de paiement fournie.

6- <u>Le sous-traitant confronté à une défaillance de son donneur d'ordre peut-il se retourner</u> contre le maître de l'ouvrage ?

Le sous-traitant pourra, en matière de travaux publics ou privés, se retourner contre le maître d'ouvrage uniquement si celui-ci avait connaissance de sa présence sur le chantier et s'il n'a pas mis en demeure l'entrepreneur principal de régulariser la situation, sur le fondement de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975.

En effet, le maître d'ouvrage ayant connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant non agréé a l'obligation de mettre en demeure le titulaire de régulariser la situation. S'il ne le fait pas, le maître d'ouvrage commet une faute, qui ouvre au sous-traitant non agréé un droit à réparation. Cela a été jugé tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'Etat.

Néanmoins, le maître de l'ouvrage pourra s'exonérer en tout ou partie de sa responsabilité en invoquant la faute de l'entrepreneur principal, qui aurait dû soumettre l'intervention du sous-traitant à l'acceptation du maître de l'ouvrage.

Devant le juge administratif, le maître d'ouvrage pourra également invoquer la faute du soustraitant, qui aurait dû demander la régularisation de sa situation (CE 7 nov 1980 SA Schmid-Valenciennes, req n°12060). Les juridictions administratives condamnent les maîtres d'ouvrage à la réparation du tiers du préjudice subi par le sous-traitant.