

Exécution aux frais et risques: fondement, champ d'application et contenu de l'obligation de mettre le titulaire défaillant en mesure de suivre les prestations de substitution



Alain de Belenet
Avocat associé,
LexCase société
d'avocats



**Alexandre
Lo-Casto Porte**
Avocat, LexCase
société d'avocats

RÉSUMÉ. La jurisprudence récente du Conseil d'État semble consacrer implicitement une obligation générale pesant sur l'administration de mettre le titulaire défaillant d'un marché public à même de suivre les opérations exécutées dans le cadre d'un marché de substitution. Certaines interrogations concernant le fondement, le champ d'application et le contenu d'une telle obligation restent toutefois en suspens¹.

L'arrêt *Société Treuils et Grues Labor* du Conseil d'État en date du 18 décembre 2020 interroge quant au fondement, au champ d'application et au contenu de l'obligation de mettre le titulaire défaillant d'un marché faisant l'objet d'une exécution aux frais et risques en mesure de suivre le marché de substitution.

Pour la première fois, en effet, la haute juridiction y mentionne l'existence d'un droit de suivi du marché de substitution par le titulaire défaillant dans une hypothèse autre que celle d'un marché de travaux.

Or le CCAG FCS de 1977 applicable au marché en cause dans cette affaire ne prévoyait pas d'obligation en ce sens, et précisait même expressément que « *le titulaire du marché résilié n'est pas admis à prendre part, ni directement ni indirectement, à l'exécution des prestations réalisées à ses frais et risques* »².

Si ces stipulations sont le plus souvent invoquées pour justifier le fait que le titulaire défaillant n'est pas autorisé à participer à la passation du marché de substitution, elles ont pu également être interprétées comme excluant l'existence d'un droit de suivi des prestations de substitution au profit du titulaire défaillant³.

L'arrêt *Société Treuils et Grues Labor* du Conseil d'État marque donc manifestement une évolution vers la consécration au profit du titulaire défaillant d'un droit général de suivi des prestations de substitution, dont il est intéressant de questionner le fondement et de mesurer la portée.

I. FONDEMENT ET CHAMP D'APPLICATION : UNE OBLIGATION QUI DORÉNAVANT NE CONCERNERAIT PLUS UNIQUEMENT LES MARCHÉS DE TRAVAUX

S'il est admis par la jurisprudence que la faculté de faire exécuter un marché aux frais et risques du titulaire défaillant est « une règle générale applicable aux contrats administratifs » présentant, en outre, un caractère d'ordre public⁴, la jurisprudence ne s'était jusqu'à présent pas prononcée expressément en ce sens s'agissant du droit de suivi du marché de substitution.

À l'origine, le droit de suivre le marché de substitution n'a pas été érigé comme un principe général des contrats administratifs et semblait propre aux marchés de travaux⁵, ce qui avait d'ailleurs conduit à son intégration dans les versions successives du CCAG Travaux⁶, aux termes desquelles le titulaire défaillant :

- doit être destinataire pour information du marché de substitution ;
- et « *est autorisé à en suivre l'exécution sans pouvoir entraver les ordres du maître d'œuvre et de ses représentants* ».

À partir de ce moment-là, les décisions faisant référence au droit de suivi du marché de travaux de substitution ne manquaient pas de citer les stipulations contractuelles du CCAG Travaux applicable, laissant à penser que le droit de suivi découlait des dites stipulations⁷. Autrement dit, que le droit de suivi avait un fondement contractuel et n'existait que du fait des stipulations contractuelles le prévoyant.

Dans ce contexte, la référence à un droit de suivi s'agissant d'un marché soumis au CCAG FCS ne prévoyant pas de clause en ce sens apparaît novatrice : faut-il en déduire que l'obligation de mettre en mesure le titulaire défaillant de suivre le marché de substitution passé à ses frais et risques est une règle générale des contrats administratifs ?

C'est d'ores et déjà ce qu'a considéré le tribunal administratif de Bordeaux, en jugeant très récemment que le titulaire défaillant devait « en vertu des mêmes règles générales et alors même que les stipulations précitées du CCAG-TIC ne le mentionnent pas, être mis à même de suivre les opérations exécutées par le titulaire de ces marchés, afin de pouvoir veiller à la sauvegarde de ses intérêts, les montants découlant des surcoûts supportés par le maître d'ouvrage en raison de l'achèvement des travaux par un nouvel entrepreneur étant à sa charge »⁸.

Une telle position a d'importantes conséquences pratiques dès lors que la méconnaissance de l'obligation de mettre à même le titulaire défaillant de suivre les opérations exécutées dans le cadre du marché de substitution est lourdement sanctionnée. Le titulaire défaillant qui n'a pas été mis à même de suivre le marché de substitution est en effet déchargé des conséquences onéreuses résultant dudit marché⁹.

Pour autant, il n'est pas certain que le Conseil d'État ait réellement entendu ériger le droit de suivi du marché de substitution en règle générale des contrats administratifs.

L'existence d'un droit de suivi du marché de substitution n'est en effet abordée que de manière très incidente dans l'arrêt du 18 décembre 2020, la faculté de suivi du marché de substitution n'étant pas contestée devant la haute juridiction, ainsi que l'a fait remarquer à juste titre la professeure Héléne Hoepffner¹⁰.

Il n'est d'ailleurs pas anodin que les conclusions du rapporteur public sur la décision ne traitent à aucun moment la question du fondement de ce droit et se bornent à renvoyer à différents arrêts concernant exclusivement des marchés publics de travaux¹¹.

Ceci étant, dans une décision plus récente traitant de l'étendue du droit de suivi reconnu au titulaire défaillant, le Conseil d'État reste à nouveau ambigu sur la question du fondement de ce droit en mélan-

geant, dans une même formulation, le sujet de la faculté de résiliation aux frais et risques et celui du droit de suivi¹².

« 6. Il résulte de ces stipulations et des règles générales applicables aux contrats administratifs que le maître d'ouvrage d'un marché de travaux publics peut, après avoir vainement mis en demeure son cocontractant de poursuivre l'exécution des prestations qu'il s'est engagé à réaliser conformément aux stipulations du contrat, décider de confier l'achèvement des travaux à un autre entrepreneur aux frais et risques de son cocontractant. La mise en œuvre de cette mesure coercitive n'a pas pour effet de rompre le lien contractuel entre le pouvoir adjudicateur et son cocontractant et ne saurait être subordonnée à une résiliation préalable du contrat. Le cocontractant défaillant doit être mis à même de suivre l'exécution du marché de substitution ainsi conclu afin de lui permettre de veiller à la sauvegarde de ses intérêts, les montants découlant des surcoûts supportés par le maître d'ouvrage en raison de l'achèvement des travaux par un nouvel entrepreneur étant à sa charge. »

Mais là encore, la question du fondement de ce droit de suivi n'était pas centrale. Le Conseil d'État s'est surtout interrogé sur les limites du marché de substitution (et du droit de suivi associé), en précisant que le titulaire défaillant bénéficiait également d'un droit de suivi des travaux de reprise des malfaçons affectant les parties du marché déjà exécutées, lorsque ces travaux sont inclus dans le marché de substitution destiné à l'achèvement des travaux.

Par ailleurs, à supposer que le Conseil d'État ait effectivement entendu dégager une nouvelle « règle générale des contrats administratifs » applicable dans le silence du contrat, cela ne signifierait pas pour autant qu'une telle règle présenterait un caractère d'ordre public, de nature à justifier son application contre la lettre même du contrat.

On sait en effet que, faute de clarification de la jurisprudence sur ce point, il n'est pas possible d'établir de lien systématique entre les « règles générales des contrats administratifs » dégagées par le Conseil d'État, et le caractère d'ordre public ou non desdites règles¹³.

Cette question de la normativité de la règle générale nouvellement dégagée aurait mérité de faire l'objet d'un déve-

loppement spécifique dans le cadre du jugement du tribunal administratif de Bordeaux du 17 mai 2021, compte tenu de la clause du CCAG TIC selon laquelle : « Le titulaire du marché résilié n'est pas admis à prendre part, ni directement ni indirectement, à l'exécution des prestations réalisées à ses frais et risques. »

Le Tribunal se borne toutefois à indiquer que le droit de suivi est applicable « alors même que les stipulations précitées du CCAG-TIC ne le mentionnent pas », considérant par-là, soit que la règle est d'ordre public, soit que les stipulations précitées du CCAG TIC ne l'excluent pas et ne sont pas incompatibles avec un tel droit de suivi.

II. CONTENU : UNE OBLIGATION QUI IMPOSE DE NOTIFIER LE MARCHÉ DE SUBSTITUTION AU TITULAIRE DÉFAILLANT PRÉALABLEMENT À SA MISE EN EXÉCUTION

L'analyse de la jurisprudence montre que l'obligation de mettre le titulaire défaillant à même de suivre les prestations du marché de substitution a progressivement évolué, pour aboutir à une obligation de notifier le marché de substitution au titulaire défaillant préalablement à sa mise en exécution.

Le Conseil d'État a ainsi initialement considéré que cette obligation imposait (simplement) au maître d'ouvrage de notifier au titulaire résilié la décision de mise en régie ou la décision de passer un marché de substitution à ses frais et risques avant toute exécution¹⁴.

Puis la jurisprudence a progressivement considéré que les stipulations du CCAG Travaux imposaient de notifier au titulaire défaillant le marché de substitution conclu avant le commencement des travaux¹⁵, afin de lui permettre de suivre au fur et à mesure les opérations exécutées dans le cadre du marché de substitution.

Cette évolution était logique au vu de la rédaction même des stipulations du CCAG Travaux, qui précisent que le titulaire défaillant doit être destinataire pour information du marché de substitution. Si les stipulations du CCAG Travaux ne prévoient aucun délai pour communiquer le marché de substitution au titulaire défaillant, il reste que, pour donner un effet utile au droit de suivre l'exécution des travaux de substitution prévu par ailleurs au CCAG, il

paraît cohérent d'exiger une communication préalable au démarrage des travaux¹⁶. Il est néanmoins possible de se demander si cette définition du contenu de l'obligation reste pertinente dans tous les cas, c'est-à-dire en dehors de l'application des stipulations particulières du CCAG Travaux.

Cette question se pose d'autant plus que les nouveaux CCAG FCS, TIC, MI, PI, MOE approuvés par arrêtés du 30 mars 2021, dont les projets faisaient l'objet d'une consultation publique par la Direction des Affaires Juridiques de Bercy au moment où l'arrêt du Conseil d'État du 18 décembre 2020 a été rendu, se limitent à transposer l'obligation figurant au CCAG Travaux de transmettre « pour information » le marché de substitution au titulaire défaillant.

En revanche, ces documents ont maintenu, en dépit de la décision *Société Treuils et Grues Labor*, les stipulations selon lesquelles le titulaire défaillant « n'est pas admis à prendre part, ni directement ni indirectement, à l'exécution des prestations réalisées à ses frais et risques ».

Le titulaire défaillant n'étant, par ces stipulations, pas invité à suivre au fur et à mesure l'exécution des prestations de substitution, la notification préalable à toute exécution du marché de substitution présente-t-elle encore un intérêt ?

Se poser la question revient finalement à questionner la finalité de cette règle procédurale.

Aux termes de la jurisprudence, le droit de suivi est destiné à permettre au titulaire défaillant « de veiller à la sauvegarde de ses intérêts, les montants découlant des surcoûts supportés par le maître d'ouvrage en raison de l'achèvement des travaux par un nouvel entrepreneur étant à sa charge »¹⁷.

Au titre du droit de suivi, le titulaire défaillant doit ainsi pouvoir notamment vérifier que les prestations de substitution sont conformes ou à tout le moins équivalentes à celles de l'ancien marché, afin de parvenir au même résultat¹⁸.

Dans le cadre de ses conclusions sur la décision du 21 avril 2011, le rapporteur public indique, dans le même sens et plus globalement, que : « le droit de suivi est une réelle garantie substantielle pour le titulaire initial puisqu'il lui permet de vérifier ce qui est demandé au titulaire suivant pour l'exécution de ce nouveau marché et

*de surveiller ainsi le coût qui lui sera finalement réaffecté »*¹⁹.

Le titulaire défaillant doit ainsi pouvoir, le cas échéant, contester la conclusion du marché de substitution, soit parce que cette mesure repose sur une décision de sanction elle-même irrégulière ou infondée, soit parce que le marché de substitution était dès le départ inutile, qu'il a été irrégulièrement conclu, qu'il comporte des prestations non équivalentes à celles du marché initial, qu'il a été conclu à un prix trop élevé ou encore qu'il a été exécuté avec des surcoûts injustifiés²⁰.

Ceci étant, il est certain que cette discussion relative à la régularité, au bien-fondé, au contenu ou aux conditions d'exécution du marché de substitution peut parfaitement et complètement avoir lieu au stade de l'établissement ou de la contestation du règlement final des comptes du marché.

Certes, s'il conteste le bien-fondé de la mesure de sanction prise à son encontre, le titulaire défaillant pourrait avoir un intérêt à agir en amont, directement contre la passation du marché de substitution, dans le cadre notamment d'un référé précontractuel. Le but de cette action serait alors de tenter de ne pas être irrégulièrement évincé de la possibilité d'achever lui-même les prestations du marché initial.

La question de la recevabilité d'une telle action est toutefois assez délicate dans la mesure où, si la sanction est justifiée, le titulaire défaillant n'aurait pas vocation à concourir pour l'exécution des prestations de substitution et ne pourrait alors pas justifier d'un risque de lésion directe²¹. On peut également se demander si le juge des référés précontractuels a bien vocation à se prononcer sur le bien-fondé de la mesure de sanction contractuelle.

Il reste en outre que la notification du marché de substitution préalablement à tout début d'exécution n'est pas en soi une garantie pour le titulaire défaillant de pouvoir introduire valablement un recours efficace directement contre la passation du marché de substitution.

Au final, et indépendamment de la question de l'application des stipulations particulières du CCAG Travaux qui imposent de mettre le titulaire défaillant à même de suivre concrètement les travaux de substitution, la notification préalable du marché de substitution est-elle donc, en toute hypothèse, nécessaire et/ou suffisante

pour sauvegarder les intérêts du titulaire défaillant ?

Dans le cas particulier de la décision rendue le 17 mai 2021 par le tribunal administratif de Bordeaux, le tribunal a, faute de notification préalable du marché de substitution, déchargé la société SFR, titulaire défaillante d'un marché de télécommunications résilié à ses frais et risques, de l'ensemble des surcoûts mis à sa charge au titre du marché de substitution.

Cette solution a été appliquée alors même que le bien-fondé de la résiliation n'était pas remis en cause. Mais surtout, en pratique, les prestations de substitution consistaient en la simple prolongation d'un marché de location de liaisons télécom auprès de la société Orange pour lesquelles il est possible de s'interroger sur la consistance matérielle du « suivi des prestations de substitution » qui aurait pu être mis en œuvre par la société SFR.

Dans une telle hypothèse, une notification du marché de substitution parallèlement à la notification du décompte de résiliation n'aurait-elle pas pu être suffisante pour sauvegarder les intérêts du titulaire défaillant ?

Plus globalement, pour les marchés autres que de travaux, une simple obligation de notifier pour information au titulaire défaillant les documents du marché de substitution (en incluant les justificatifs financiers des coûts supportés), au plus tard au moment du règlement final des comptes du marché ou de la demande de paiement des surcoûts des prestations réalisées aux frais et risques, pourrait suffire, dans la plupart des cas, pour permettre de sauvegarder les intérêts financiers du titulaire défaillant. Celui-ci serait alors en mesure de contester, le cas échéant, les dépenses qui auraient été indûment mises à sa charge au titre du marché de substitution.

À ce stade donc, si la décision *Société Treuils et Grues Labor* semble avoir consacré l'obligation pour l'administration de mettre le titulaire défaillant en mesure de suivre l'exécution du marché de substitution en tant que règle générale applicable aux contrats administratifs, existant en dehors de toute stipulation contractuelle, cette avancée soulève encore quelques interrogations.

En particulier, il appartiendra aux juridictions de confirmer si cette obligation impose, dans tous les cas, à l'administration de notifier au titulaire défaillant le

marché de substitution préalablement à toute exécution sous peine de ne pouvoir imputer à ces derniers les surcoûts en résultant, ou s'il convient plutôt de

procéder à une analyse *in concreto* pour savoir si le titulaire défaillant a été empêché, faute d'une telle notification ou d'un autre manquement de l'administration, de

sauvegarder utilement ses intérêts financiers. L'avenir nous le dira. ■

¹ CE 18 décembre 2020, *Société Treuils et Grues Labor*, n° 433386 ; *BJCP* 2021, n° 135, p. 134 ; CE 27 avril 2021, *Société Constructions Bâtiments Immobiliers*, n° 437148 ; *BJCP* 2021, n° 137, p. 292.

² Cf. CCAG FCS de 1977, article 32. Des dispositions équivalentes sont prévues aux CCAG FCS ou CCAG PI de 2009 (art. 36), au CCAG FCS de 2021 (art. 45), au CCAG PI de 2021 (art. 27), au CCAG TIC de 2009 (art. 46) et au CCAG TIC de 2021 (art 54).

³ TA Clermont-Ferrand 8 janvier 2014, n° 1300394 : « Considérant que les stipulations précitées de l'article 38 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de prestations intellectuelles ne faisaient pas, à peine d'inopposabilité, obligation à la commune de Puy-Guillaume de notifier le marché de substitution qu'elle a conclu avec la société Egis-Eau à la société Saunier et associés, laquelle ne pouvait, en tout état de cause, en l'espèce, être admise à prendre part à l'exécution de ce marché » ; TA Bordeaux 19 octobre 2011, n° 0803995 : « Considérant qu'il résulte de l'instruction que par courrier du SDIS de la Gironde en date du 27 juin 2008, la société Dumont Sécurité a été tenue informée de l'existence et des caractéristiques des nouveaux marchés passés avec la société GMC énergie ; qu'en vertu des stipulations précitées, elle n'avait aucun droit de regard sur les conditions d'exécution de ces marchés ; que, par suite, la société Dumont Sécurité n'est pas fondée à soutenir qu'elle n'aurait pas été mise à même d'en suivre les conditions de passation et d'exécution » ; TA Limoges 29 mai 2008, n° 0800272.

⁴ CE Ass. 9 novembre 2016, n° 388806 ; *BJCP* 2017, n° 110, p. 60 ou CE 14 février 2017, n° 405157 ; *BJCP* 2017, n° 112, p. 153.

⁵ CE 10 juin 1932, *Sieur Bigot*, n° 9.646 ; Rec., p. 572 ; CE 17 mars 1972, *Dame Figaroli*, n° 76453 ; CE 3 novembre 1978, *OPHLM des Alpes-Maritimes*, n° 2260.

⁶ CCAG Travaux de 1976 (art. 49.4 et 49.5), de 2009 (art. 48.4 et 48.5) et désormais de 2021 (art. 52.4 et 52.5).

⁷ CE 7 mars 2005, *Société d'Études et entreprise d'équipements*, n° 241666 ; *BJCP* 2005, n° 40, p. 234 et sv. ; CE 9 juin 2017, *Société Entreprise Morillon Corvol Courbot*, n° 399382 ; *BJCP* 2017, n° 114, p. 301.

⁸ TA Bordeaux 17 mai 2021, *SFR*, n° 19011778, 1901779 et 200927. À notre connaissance, le jugement du tribunal administratif de Bordeaux n'a pas été frappé d'appel.

⁹ CE 7 mars 2005, *Société d'Études et entreprise d'équipements*, n° 241666 ; *BJCP* 2005, n° 40, p. 234 et s. ; CAA Lyon 30 janvier 2014, n° 13LY00760 ; CAA Versailles 22 janvier 2013, n° 11VE02317.

¹⁰ Hélène Hoepffner, *Contrats et Marchés Publics*, n° 3, mars 2021, comm. 74.

¹¹ Conclusions Mireille Le Corre sur CE 18 décembre 2020, n° 433386 ; *BJCP* 2021, n° 135, p. 134.

¹² CE 27 avril 2021, *Société Constructions Bâtiments Immobiliers*, n° 437148 ; *BJCP* 2021, n° 137, p. 292.

¹³ François Llorens et Pierre Soler-Couteaux, « Le régime d'ordre public des contrats administratifs », *Contrats et Marchés Publics* n° 5, Mai 2017, repère 5.

¹⁴ CE 10 juin 1932, *Sieur Bigot*, n° 9.646 ; Rec., p. 572 : « si un arrêté de mise en régie a été pris le 30 août 1926, le sieur Bigot soutient, sans être contredit sur ce point, que ce dernier arrêté ne lui a jamais été notifié » ; CE 17 mars 1972, *Dame Figaroli*, n° 76453 : « Cons., en troisième lieu, qu'en notifiant à l'entreprise Y..., le 24 janvier 1964, avant qu'elle ait reçu exécution, la décision de son conseil d'administration de passer un nouveau marché aux torts et griefs de cette entreprise, l'office public d'habitations à loyer modéré de Nantes a mis l'entreprise Y... à même d'user des droits qu'elle avait de surveiller, en vue de sauvegarder ses intérêts, la passation des nouveaux marchés et de suivre les opérations exécutées à ses risques et périls par les nouveaux entrepreneurs » ; CE 3 novembre 1978, *OPHLM des Alpes-Maritimes*, n° 2260 : « Considérant que l'office ne justifie pas avoir régulièrement notifié à l'entreprise Sorridente, avant qu'elle ait reçu exécution, sa décision de passer un nouveau marché aux risques et périls de l'entrepreneur initial » ; CE 3 mars 1993, *Ville de Digne*, n° 117096 ; CAA Marseille 21 novembre 2000, *Ministre de la Défense*, n° 98MA02278 : « Considérant, en outre, que la société GUBRI n'a été informée que par lettre du 17 avril 1991 de la passation, le 15 avril 1991, du nouveau marché confié à la société Friedlander ; qu'ainsi le délai d'exécution de ce marché a commencé à courir avant que la société GUBRI ait été mise à même d'exercer son droit de suivre, dès leur commencement, les opérations exécutées par ce nouvel entrepreneur, que lui reconnaît l'article 49 du cahier des clauses administratives générales précité. »

¹⁵ CE 7 mars 2005, *Société d'Études et entreprise d'équipements*, n° 241666 ; *BJCP* 2005, n° 40, p. 234 et s. ; CAA Lyon 4 mars 2010, n° 08LY01648 ; CAA Versailles 22 janvier 2013, *SARL Vuillermoz*, n° 11VE02317 ; CAA Lyon 30 janvier 2014, n° 13LY00760 ; CAA Nancy 12 mai 2014, n° 13NC01372 ; CAA Nantes 22 décembre 2017, *Département du Calvados*, n° 16NT00282.

¹⁶ CAA Nantes 22 décembre 2017, *Département du Calvados*, n° 16NT00282.

¹⁷ CE 9 juin 2017, *Société Entreprise Morillon Corvol Courbot*, n° 399382 ; *BJCP* 2017, n° 114, p. 301 ; CE 17 mars 1972, *Dame Figaroli*, n° 76453 ; CE 3 novembre 1978, *OPHLM des Alpes-Maritimes*, n° 2260, préc. ; CE 18 décembre 2020, *Société Treuils et Grues Labor*, n° 433386 ; *BJCP* 2021, n° 135, p. 134 ; CE 27 avril 2021, *Société Constructions Bâtiments Immobiliers*, n° 437148 ; *BJCP* 2021, n° 137, p. 292.

¹⁸ CE 28 janvier 1977, *Ministre de l'Économie c/ Société Heurtey*, n° 99449.

¹⁹ Conclusions Mireille Le Corre sur CE 27 avril 2021, *Société Constructions Bâtiments Immobiliers*, n° 437148 ; *BJCP* 2021, n° 137, p. 292.

²⁰ CE 18 décembre 2020, *Société Treuils et Grues Labor*, n° 433386, et concl. Mireille Le Corre sous cette décision ; *BJCP* 2021, n° 135, p. 134.

²¹ TA Dijon (Ord.) 5 octobre 2021, n° 2102307 ; TA Strasbourg (Ord.) 20 octobre 2010, n° 1004441.