



Élaborez vos pièces de marchés
simplement et en toute sécurité

Chat sur la rupture de contrat : la compilation

Le jeudi 13 novembre, Emmanuelle Roll, Xavier Bigas et Georges Salon, avocats au cabinet Lyon-Caen & Thiriez, ont animé un chat tout entier dédié à la rupture des contrats : résiliation anticipée et droit du cocotrantant, rupture à l'amiable, résiliation aux frais et risques, liquidation judiciaire, résiliation pour motif d'intérêt général...



- Dans l'hypothèse d'un marché de travaux passé avec un titulaire unique, en cas de décès de ce titulaire, est-il obligatoire d'attendre le règlement de la succession pour procéder à la résiliation du marché conformément à l'article 46-1-1 du CCAG travaux ? Faut-il solliciter les ayants-droit pour savoir s'ils sont en mesure de poursuivre l'exécution du marché alors qu'il semble que l'acceptation de cette solution soit laissée à la libre initiative du pouvoir adjudicateur ?

En vertu de l'article 46-1-1 du CCAG travaux (« décès ou incapacité civile du titulaire »), s'il n'y est pas dérogé, en cas de décès du titulaire, le pouvoir adjudicateur a le choix entre :

- résilier ou
- proposer aux ayants droit de continuer l'exécution du marché. Dans cette dernière hypothèse, il conviendra de passer un avenant de transfert. Par ailleurs, en vertu de l'article 46-1-1 précité, si la résiliation est prononcée par le maître d'ouvrage, elle prend effet à la date du décès, sans indemnité au bénéfice du titulaire ou de ses ayants droit. S'il n'est pas dérogé au CCAG travaux, il n'est donc pas nécessaire d'attendre l'issue de la succession.

- La ville envisage une rupture anticipée d'un marché public de fourniture d'accès internet, malheureusement assez connu pour la mauvaise qualité de ses services par de nombreuses collectivités qui se sont fait berné. 1) Le contrat prévoit une clause de reconductions non limitée en nombre ce qui nous fait dépasser potentiellement les seuils de mise en concurrence. 2) Le service après vente n'est pas assuré malgré des LRAR et une mise en demeure. 3) Par délibération, le conseil municipal a autorisé Monsieur le Maire à résilier par anticipation ledit contrat : a) pour faute contractuelle, b) pour mise en conformité à la loi. Question : quelles sont les jurisprudences en matière d'obligation d'indemnisation ?

La résiliation pour faute, lorsqu'elle est justifiée au fond, et précédée d'une procédure de mise en demeure régulière (voir CCAG applicable et CCAP), n'ouvre en principe pas droit à indemnité selon une jurisprudence constante (vérifier néanmoins systématiquement les clauses contractuelles).

- Merci pour votre réponse. Pourriez-vous me citer une jurisprudence récente à ce sujet ?

Conseil d'Etat, 26 février 2014, Société Environnement Services, req. n°365546

Suite de votre question : en revanche, une résiliation motivée par une « mise en conformité à la loi » pourrait avoir des conséquences indemnitaires néfastes pour la collectivité.

Le Conseil d'Etat admet la résiliation d'un contrat pour motif d'intérêt général tiré d'une durée contractuelle excédant le maximum légal (v. en matière de DSP, 7 mai 2013, SAP, req. n° 365043). Mais si la résiliation intervient avant ce terme, on risque, sauf clause contractuelle contraire, de retomber dans la règle jurisprudentielle générale applicable aux résiliations pour motif d'intérêt général : celle de l'indemnisation intégrale du préjudice causé au cocotrantant par cette résiliation anticipée, qui recouvre tant les dépenses engagées en vue de l'exécution du contrat, devenues frustratoires du fait de la résiliation anticipée (pertes subies ou *damnum emergens*) que le manque à gagner consécutif à la résiliation anticipée (bénéfice manqué ou *lucrum cessans*) (Conseil d'Etat, Assemblée, 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, Rec. p.246 ; Sect., 15 juillet 1959, Société des alcools du Vexin, Rec. p.451 ; 14 mai 1986, SEMVAT, req. n°59203 ; Ass., 2 février 1987, Société TV6, Rec. p. 29 ; 18 novembre 1988, Ville d'Amiens, req. n°61871, Rec. p.417 ; 16 février 1996, Syndicat intercommunal de l'arrondissement de Pithiviers, req. n°82880 ; 31 juillet 1996, Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc, Rec. p.334). Si la résiliation intervient lors de ce terme, en principe, il ne devrait plus y avoir de préjudice indemnisable. Après ce terme, l'application d'une clause de tacite reconduction illicite entacherait le contrat de nullité : pour échapper à une part de responsabilité dans l'illégalité de la clause incriminée, la collectivité pourrait alors faire valoir la faute de son cocotrantant qui s'est prêté à la signature d'un contrat nul ; mais une telle faute n'exclut pas l'indemnisation du cocotrantant sur le terrain de l'enrichissement sans cause (Conseil d'Etat, 10 octobre 2012, Commune de Baie-Mahault, req. n°340647).

- Bonjour, si l'entreprise titulaire d'un marché de travaux ne souhaite plus exécuter le marché, la rupture du contrat passe-t-elle nécessairement par une résiliation de la part du pouvoir adjudicateur ? Sur quel fondement (faute ?) et une rupture amiable est-elle possible dans ce cas ?

L'article 46-3-1 du CCAG travaux prévoit cette hypothèse au paragraphe g. Il s'agit d'une résiliation pour faute du titulaire qui, en application de l'article 46.3.2 du même CCAG, ne nécessite pas de mise en demeure préalable. Une résiliation amiable reste néanmoins possible mais la collectivité n'y est pas obligée. Dans ce cas, sauf clause contraire, la résiliation est réputée pure et simple, sans dommages et intérêts au profit de l'une ou l'autre des parties (CE 5 décembre 1986, Syndicat intercommunal de distribution d'eau de la cornique des Maures, n°49345, Rec. Lebon p.274).

- Peut-on résilier un contrat avec une entreprise attributaire qui a été mise en redressement judiciaire en cours d'exécution du contrat ?

Pour les marchés de travaux, en vertu de l'article 46-1-2 du CCAG Travaux (« Redressement judiciaire ou liquidation judiciaire »), il faut préalablement mettre en demeure l'administrateur judiciaire de poursuivre l'exécution, dans les conditions prévues à l'article L.622-13 du code de commerce. Si l'administrateur indique qu'il ne compte pas reprendre les obligations du titulaire, le maître d'ouvrage peut alors résilier le marché. Au vu de la rédaction de l'article L.622-13.III.1° du code de commerce, le silence de l'administrateur pendant plus d'un mois sur la mise en demeure vaut rejet (étant entendu que, avant l'expiration de ce délai, le juge-commissaire peut impartir à l'administrateur un délai plus court ou lui accorder une prolongation, qui ne peut excéder deux mois, pour se prononcer) de sorte que le marché est alors résilié de plein droit.

La rédaction du CCAG FCS, pour les marchés de fournitures courantes et de services, est sensiblement la même (voir article 30-2 du CCAG-FCS, « («Redressement judiciaire ou liquidation judiciaire »).



De gauche à droite : Xavier Bigas, Jean-Marc Binot, Sandrine Dyckmans, Georges Salon et Emmanuelle Roll

- En cas de résiliation aux frais et risques d'une entreprise, le titulaire doit-il être informé du marché passé avec l'entreprise qui se substitue à elle ?

Oui, le titulaire doit être informé de la passation du marché de substitution. Il doit être également en mesure d'exercer un droit de suivi du marché de substitution (art 48-5 du CCAG travaux). Il en résulte que si l'entrepreneur n'a pu suivre ces travaux faute par exemple d'avoir reçu notification du nouveau marché, l'administration ne peut mettre à sa charge le surcoût du marché de substitution (CE Section, 10 juin 1932, Sieur Bigot, Rec. Lebon p 572; 1er mars 1967 Sté Technical c/ OPHLM de la Seine Rec. Lebon p 103 ; Sect., 17 mars 1972, Figaroli, Rec. Lebon p.224; 3 mars 1993 Ville de Digne ; Rec. Lebon T. p 985).

La jurisprudence ne s'est pas expressément prononcée sur l'existence d'un tel droit dans le silence du contrat. Mais, la réponse nous semble devoir être affirmative dans la mesure où le Conseil d'Etat reconnaît, sans se référer aux clauses du contrat, le « droit qu'il [l'entrepreneur initial] a de suivre, en vue de sauvegarder ses intérêts, les opérations exécutées à ses risques et périls par le nouvel entrepreneur » (outre les arrêts précités voir CE, 30 mai 1986, Parthenay, n°36054 ; 3 novembre 1978, OPHLM des Alpes-Maritimes, n°02260).

- En cas de liquidation judiciaire en cours d'exécution, la mise en demeure du liquidateur est-elle indispensable pour savoir si le marché peut-être résilié ? La résiliation peut-elle être de plein droit ?

S'il n'est pas dérogé aux CCAG travaux (art 46-1-2), FCS (art.30.2), PI (art.30.2), MI (art. 5.2) une mise en demeure est obligatoire dans les conditions prévues à l'article L 641-10 du code de commerce.

Par ailleurs, il résulte de l'article L.641-11-1 du code de commerce que, comme le rappelle les stipulations précitées des CCAG, le liquidateur peut exiger l'exécution des contrats en cours. Cette faculté exclut toute résiliation de plein droit en cas de liquidation judiciaire. En conséquence, toute clause prévoyant une résiliation de plein droit en cas de liquidation judiciaire, comme d'ailleurs en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, devrait être considéré comme nulle (CE, 20 juillet 1988, SNTAB, Rec. Lebon p.300). De telles clauses sont aujourd'hui réputées non écrites en application de l'article L.611-16 introduit dans le code de commerce par l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

- Comment faire face à un titulaire d'un accord cadre qui a été radié, donc qui n'existe plus en tant que personnalité juridique mais qui a été "absorbé" par une autre entreprise ? L'accord cadre doit-il être résilié ? Un avenant de transfert est-il obligatoire ? En l'espèce, l'entreprise en question ne souhaite plus participer à l'accord cadre.

Dans votre hypothèse, un avenant de transfert aurait été nécessaire (réponse ministérielle du 1er juillet 2010 JO Senat, page 1708, QE 12375). La collectivité pourrait envisager une résiliation, sous réserve qu'elle n'ait pas tacitement accepté la continuation avec l'absorbante. Si l'entreprise absorbante ne souhaite plus participer à l'AC, on retombe dans l'hypothèse des CCAG visant le cas où l'entreprise déclare ne plus être en mesure de continuer le marché (hypothèse de résiliation pour faute).

- Lors d'une résiliation sans faute pour motif d'intérêt général, l'entreprise a-t-elle droit à une indemnisation, et comment estimer son manque à gagner. Merci.

Sauf stipulation contractuelle contraire, une résiliation sans faute pour motif d'intérêt général ouvre toujours droit à indemnité pour l'ensemble des préjudices (pertes subies et gains manqués, cf jurisprudences ci-dessus illustrant les différents postes de préjudice). Le manque à gagner s'évalue soit par application des clauses contractuelles (voir par exemple article 46-4 du CCAG Travaux et article 33 du CCAG FCS), soit en expertisant les justificatifs produits par l'entreprise : comptes sociaux, comptabilité analytique, compte d'exploitation prévisionnel du contrat, taux de marge usuel dans le secteur d'activité... un recours à l'expertise judiciaire est parfois indispensable. Il appartient à l'entreprise en tout état de cause d'apporter des justificatifs de son préjudice car c'est sur elle que pèse la charge de la preuve.

- Une résiliation est-elle immédiate ou faut-il observer un délai ?

Le préavis peut être prévu par les stipulations contractuelles. En cas de résiliation pour motif d'intérêt général, il convient d'observer un délai raisonnable, afin de permettre au titulaire de s'organiser et d'éviter à la collectivité le paiement d'indemnités supplémentaires au titre des pertes subies. En cas de résiliation pour faute, la mise en demeure implique là encore un délai raisonnable pour permettre au titulaire de réagir et d'exécuter la demande de la collectivité. Dans le cas où le contrat exclut une mise en demeure, et plus généralement une phase préalable, la résiliation pourrait être immédiate.

- Le conseil municipal doit-il prendre une délibération pour autoriser le maire à résilier ?

La règle du parallélisme des formes s'applique. En principe, une délibération autorisant l'exécutif à résilier est requise. On peut déroger à ce principe, soit

par le contrat lui-même (la délibération habilitant à conclure vaudra donc habilitation à résilier), soit par une délibération autorisant l'exécutif à résilier certains contrats.

- Quelle est la procédure, lors d'une résiliation pour faute, pour confier le marché à un nouveau cocontractant, mais aux frais et risques du titulaire évincé ? Pour les marchés de travaux, et sauf si une mise en régie a déjà eu lieu, une mise en demeure doit tout d'abord être adressée par écrit à l'entrepreneur, lui enjoignant de remplir ses obligations et lui indiquant la sanction envisagée à défaut, dans un délai qui, en principe, n'est pas inférieur à quinze jours (article 49.1 du CCAG Travaux).

Plus généralement, une mise en demeure préalable apparaît obligatoire, même dans le silence des stipulations contractuelles.

A l'expiration de ce délai, le marché pourra alors être résilié. Il faut à ce titre être très vigilant aux négociations engagées parallèlement : l'acheteur public pourrait en effet être regardé comme ayant renoncé à sa mise en demeure s'il engage des négociations avec son cocontractant postérieurement à celle-ci ou s'il laisse alors s'écouler un délai trop important sans prononcer la mise en régie (CE, 8 février 1999, Ville de Montélimar, n°168535).

Il conviendra également, comme pour tous les autres cas de résiliation, de permettre à l'entreprise de participer à un constat contradictoire des ouvrages et travaux exécutés (article 46.2 du CCAG Travaux). Ce constat est obligatoirement réalisé en vue de la mise en régie (article 49.3 du CCAG Travaux). Le procès-verbal de constat dressé entraînera la réception des travaux à la date d'effet de la résiliation.

Le nouveau marché devra ensuite être passé après, en principe et hors cas particulier ou urgence, un appel d'offres avec publicité préalable (article 49.4 du CCAG Travaux). Là encore, la plus grande vigilance est recommandée : l'irrégularité de la procédure de passation du nouveau marché pourrait faire obstacle à ce que le montant du surcoût découlant de son exécution soit réclamé à l'entrepreneur dont le marché a été résilié (CAA Douai, 3 mai 2005, Société Quillery Picardie, n°02DA00917).

L'entrepreneur dont le marché a été résilié devra être informé de la conclusion du nouveau marché. Il devra également être en mesure d'en suivre l'exécution (article 49.5 du CCAG Travaux). Pour autant, ce droit de suivi ne saurait lui permettre d'entraver et de perturber l'exécution du nouveau marché. Dans le silence du CCAG FCS, qui prévoit le principe d'une exécution aux frais et risques en cas de résiliation pour faute, il semble préférable d'informer l'entreprise résiliée de la passation d'un marché de substitution et de lui ouvrir la possibilité d'en suivre l'exécution, même si le CCAG indique qu'elle ne peut prendre part directement ou indirectement à l'exécution dudit marché.

Enfin, le décompte général du marché résilié ne sera notifié à l'entrepreneur qu'après règlement définitif du nouveau marché.

- J'ai une autre question : peut-on rompre le contrat alors même qu'aucune clause ne le prévoyait expressément ?

Oui, l'administration dispose d'un pouvoir de résiliation pour faute ou pour motif d'intérêt général, même dans le silence du contrat (voir, pour une confirmation récente en matière de résiliation pour faute, Conseil d'Etat, 26 février 2014, Société Environnement Services, req. n°365546).

- Dans le cadre d'un marché de travaux, l'OS de démarrage des travaux a été envoyé plus de 6 mois après la notification du marché. Le prestataire refuse cette date de démarrage et en propose une nouvelle qui ne convient pas à la collectivité. Conformément au CCAG, le titulaire peut demander la résiliation du marché. Mais s'il ne le fait pas et refuse d'autre part d'exécuter les travaux, peut-on résilier pour faute, voire aux frais et risques ?

Au vu du CCAG travaux (voir l'article 46.1.2 relatif aux ordres de service de démarrage tardifs eu égard à la date de notification du marché), il convient de souligner que, dans cette hypothèse où l'acheteur public refuse la proposition de nouvelle date de démarrage émanant du titulaire, celui-ci peut demander par écrit la résiliation du marché.

Il semble périlleux pour l'acheteur public de résilier immédiatement.

Une alternative pourrait être expressément ouverte à l'entreprise : soit l'entreprise propose une nouvelle date qui convient à la collectivité, soit elle demande la résiliation.

Il devra lui être indiqué que si elle ne fait ni l'un ni l'autre, la collectivité considèrera qu'elle accepte la poursuite de l'exécution du marché à la nouvelle date souhaitée par la collectivité et que l'entreprise s'expose, en cas de refus, à des sanctions pouvant aboutir à la résiliation prononcée pour faute, avec possibilité d'exécution aux frais et risques.

- Bonjour, dans le cadre d'un marché sans minimum ni maximum que risque-t-on à passer des bons de commande dans une période d'exécution probatoire et de les résilier par la suite ? Pourrait-on faire signer au titulaire un avenant lui faisant renoncer à son droit à indemnisation ? Pourrait-on sinon signer une transaction avec le titulaire reconnaissant un risque dans l'exécution des bons de commande et le faisant participer en amont à la gestion de ce risque ?

Merci pour votre éclairage.

Nous comprenons de votre question que les stipulations du marché prévoient une période d'exécution probatoire avec faculté pour la collectivité de résilier les bons de commande avant même le terme de ladite période probatoire (dans la négative, il nous semble difficile d'utiliser le fait d'être en période probatoire comme motif de résiliation avant le terme de cette dernière).

Pour mémoire, le Conseil d'Etat a récemment jugé que la décision d'arrêter l'exécution d'un bon de commande ne constitue qu'une mesure d'exécution du marché et non une résiliation de ce dernier. A ce titre, elle n'est pas au nombre des actes dont, par exception, le cocontractant est recevable à demander au juge l'annulation ou la suspension (Conseil d'Etat, 25 octobre 2013, Région Languedoc-Roussillon, req. n°359806).

Dans le silence du contrat sur les conséquences indemnitaires d'une telle mesure, la résiliation emporterait droit à indemnité, sauf faute du titulaire. Il est possible de limiter ou de supprimer le droit à indemnité du cocontractant par voie d'avenant (Conseil d'Etat, 4 mai 2011, req. n°334280 ; voir également la fiche de la DAJ du MINEFI sur résiliation unilatérale). La conclusion d'une transaction limitant l'indemnité est également envisageable, sous réserve de prévoir des concessions réciproques. La transaction devra alors déterminer les modalités de calcul des indemnités envisagées.

- Le juge pourrait-il prendre en compte cette "transparence" du pouvoir adjudicateur pour preuve de bonne foi contractuelle dans une éventuelle suite contentieuse ?

En cas de transaction, il convient de prévoir une clause de renonciation à recours, afin d'éviter toute suite contentieuse. Les parties peuvent faire homologuer la transaction par le juge administratif de sorte que les suites contentieuses seront annihilées.

En l'absence de transaction et si des suites contentieuses sont données, l'exécution par l'administration de ses obligations contractuelles avec bonne foi est prise en compte par le juge administratif (voir par exemple, CE, 10 avril 1946, Ville de Nantes, Rec p 110 ; CE, 3 octobre 1980, Commune de Yerres, RDP 1981.528 ; CE, 31 octobre 1980, Ministre de l'équipement, n°010712, 10740, 10472, Rec p 399). Et la recherche de la transparence, par l'acheteur public, ne saurait lui nuire et révéler sa mauvaise foi.

- Pourriez-vous m'éclairer sur les possibilités de rupture conventionnelle des contrats publics, svp ? Sous quelle forme doit-elle être réalisée ? Simple avenant ? Protocole transactionnelle ? Délibération ? Merci.

La rupture conventionnelle suppose la conclusion d'un protocole transactionnel avec concessions réciproques, dans les conditions des articles 2044 et suivants du code civil. L'avantage est de prévoir dans la transaction une renonciation à recours (circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits). En principe une autorisation de l'assemblée délibérante est nécessaire au vu du projet de protocole. Les parties peuvent envisager de le faire ensuite homologuer par le juge administratif.