

Le pouvoir de contrôle et de modification du marché de la personne publique

L'ESSENTIEL

La personne publique acheteuse doit veiller à la meilleure exécution possible de l'objet du contrat en raison de l'impératif de protection de l'intérêt général qui lui incombe.

Cet impératif entraîne la reconnaissance de pouvoirs exorbitants du droit commun au bénéfice de la personne publique acheteuse, dont l'utilisation doit, toutefois, ménager les droits de son cocontractant.

La personne publique contractante bénéficie de trois pouvoirs :

- de modification ;
- de contrôle ; et
- de sanction et notamment de résiliation (ce dernier donne lieu à une fiche dédiée et ne sera donc pas développé ici).

Pouvoir de modification du marché

La personne publique cocontractante dispose d'un pouvoir de modification unilatérale du contrat (c'est-à-dire sans accord du titulaire), même en l'absence de stipulation contractuelle (CE, 2 février 1983, Union transports publics urbains et régionaux ; Rec. p.33).

Lorsque la modification a été suggérée par le cocontractant de l'administration, le juge administratif refuse de reconnaître une modification unilatérale (CAA Paris 21 mars 1996, SARL Citra-Pacifique, n° 050234).

Objet de la modification unilatérale

- Seul l'intérêt général justifie la modification unilatérale.
 - Le pouvoir de modification unilatérale ne permet pas à l'administration de changer l'objet du contrat.

Exemple : la personne publique ne peut imposer la réalisation d'un ouvrage qui n'était pas prévu dans le contrat initial et le cocontractant n'engage pas sa responsabilité en refusant d'exécuter la modification (CAA Bordeaux, 16 mai 1994, Société Polymark France, n° 92-00621).

- L'administration ne peut pas modifier les dispositions financières initialement prévues (CE 11 juillet 1941, hôpital-Hospice de Chauny, Rec. p. 129).

Remarque : lorsque le pouvoir de modification repose sur un fondement contractuel, toutes les clauses peuvent être modifiées (CE, 22 juin 1894, Compagnie des Chemins de fer de PLM, Rec. CE, 427).

Toutefois, le juge doit toujours apprécier la destination et l'ampleur de la modification.

Limite de la modification unilatérale

Le cocontractant de la personne publique acheteuse peut être indemnisé des conséquences de la modification unilatérale. En effet, le titulaire du marché public a le droit d'être indemnisé si la mesure, en bouleversant l'économie du contrat ou en affectant son objet, lui cause un préjudice (CE, section, 25 juin 1971, Société Établissements Marius Sérès, Rec. p. 482).

Appréciation par le juge : elle est effectuée in concreto.

Le juge peut ordonner une expertise pour évaluer l'importance de la modification querellée.

Charge de la preuve : elle incombe au demandeur, c'est-à-dire sur au titulaire du marché public qui doit donc démontrer :

- que les travaux imprévus résultent bien d'ordres de service;
- que les mesures d'exécution ont été données par la personne publique contractante ;
- que ces ordres de services/mesures d'exécution lui causent un préjudice.

Pouvoir de contrôle

Il permet à la personne publique acheteuse de veiller au respect par le titulaire du marché de ses obligations (contractuelles, légales et réglementaires) par la mise en œuvre de contrôles internes ou externes au contrat.

Il peut être prévu légalement (par exemple, l'article 5 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée), mais il existe même en l'absence de texte (CE, 22 février 1952, Société pour l'exploitation des procédés Ingrand, Rec. p. 130).

Objet du contrôle

Le contrôle vise :

- les ouvrages et travaux réalisés ;
- les fournitures livrées
- les services effectués ;
- le respect des règles de sécurité ;
- le personnel employé.

Attention ! L'usage du pouvoir de contrôle doit être adapté aux fins poursuivies.

Le pouvoir de contrôle de la personne publique contractante s'exerce, en outre, au travers de son pouvoir de surveillance.

Exemple : Le CCAG applicable aux marchés publics de travaux reconnaît un pouvoir général de surveillance à travers la vérification quantitative (article 25) et qualitative (article 24) des matériaux et produits.

Conséquence

La personne publique dispose d'un pouvoir de sanction si elle constate que le titulaire exécute mal ou n'exécute pas ses obligations contractuelles (Cf. fiche dédiée), même en cas de stipulation contraire.

En outre, la personne publique contractante peut :

- refuser de verser la rémunération contractuellement fixée ;
- ordonner le remboursement de sommes déjà versées.

Contestation des mesures décidées par la personne publique contractante

Le titulaire du marché doit demander à la personne publique contractante de retirer la mesure qu'elle a édictée, afin d'obtenir une décision préalable (sauf en matière de travaux publics). Seule cette décision de rejet pourra être attaquée.

Les recours sont uniquement adressés au juge du contrat lorsqu'ils émanent du cocontractant de la personne publique. Toutefois, des recours pour excès de pouvoir sont envisageables, à l'initiative des parties voire des tiers à condition qu'ils ne se fondent que sur des moyens de légalité (Cf. fiche dédiée).

Pouvoirs du juge

Après examen de la régularité et de la justification de la mesure d'exécution, le juge administratif du contrat peut :

- réformer la décision de la personne publique. Le jugement procèdera à une annulation implicite du contenu de la décision de l'administration. Le juge pourra modifier la qualification de la décision administrative, en différer la date d'entrée en vigueur voire s'il s'agit d'une décision à caractère pécuniaire, en moduler le montant.
- décharger le cocontractant d'une décision pécuniaire: cela n'affecte que les décisions relatives aux dommages et intérêts et pénalités, la personne publique cocontractante étant obligée de rembourser les sommes qu'elle a perçues, à tort, en application du privilège du préalable.
- prononcer la nullité de la mesure d'exécution: vise toutes les mesures d'exécution (CE, 13 mai 1992, Commune d'Ivry-sur-Seine, Rec. p. 198).

Versement de dommages-intérêts

Le juge administratif peut également condamner la personne publique contractante au versement de dommages et intérêts sur le fondement de sa responsabilité contractuelle ou extracontractuelle :

- Mise en jeu de la responsabilité contractuelle de la personne publique contractante
 - pour faute : en cas de mesure d'exécution irrégulière (par exemple, mesure injustifiée au regard des circonstances).

- sans faute : l'administration contractante doit assumer les conséquences financières des décisions qu'elle a prises, le titulaire ayant droit à l'équilibre financier du contrat (CE, 2 mai 1958, Distillerie Magnac-Laval, D. 1958, p. 730).

Exception : lorsque la mesure est justifiée par des circonstances imputables au titulaire ou extérieures aux parties, la responsabilité de la personne publique contractante n'est pas engagée

- mise en jeu de la responsabilité extracontractuelle de la personne publique contractante : mise en jeu par les tiers quand la personne publique n'a pas contraint son cocontractant à respecter les termes de son contrat et que cette abstention est à l'origine du préjudice subi par lesdits tiers.

BONNES PRATIQUES

Mode d'intervention de la personne publique acheteuse

La personne publique acheteuse intervient durant l'exécution du contrat en prenant des mesures d'exécution, dans le but d'assurer ou d'orienter l'exécution technique ou financière des contrats.

Compétence

Le pouvoir d'orienter l'exécution du contrat appartient à la personne physique désignée pour prendre les décisions au nom de la personne morale.

L'autorité compétente peut être modifiée au cours de la vie du contrat du fait d'une loi, d'un règlement, voire d'une convention (par exemple un contrat de mandat).

Forme

La décision de la personne publique contractante peut prendre les formes suivantes :

- mesure individuelle prise par l'administration contractante
- L'ordre de service doit en principe être daté et numéroté.
- mesure réglementaire (par exemple : décret visant un ensemble de contrats de l'État ou un seul contrat)

Si le marché public stipule que la personne publique acheteuse devra respecter une procédure pour prendre des mesures d'exécution, elle devra s'y conformer sous peine d'annulation de la mesure querellée par le juge administratif.

Exemple : lorsque le marché public stipule une obligation de mise en demeure, à la charge de la personne publique acheteuse avant le prononcé de sanctions pour inexécution.

Conséquence

Le titulaire du marché doit se conformer à toute mesure d'exécution régulière, sous peine d'engager sa responsabilité contractuelle et de s'exposer à des sanctions.

Exception : dans un marché public de travaux, l'entrepreneur peut s'opposer à l'exécution d'un ordre de service si la masse des travaux modifiés excède le dixième de la masse initiale (article 15.22 du CCAG travaux) et obtenir la résiliation du marché si l'ordre de service, nécessaire au commencement des travaux selon le marché intervient après le délai fixé par le marché ou, à défaut de délai, après un délai de six mois suivant la notification du marché (article 46.6 du même CCAG).

Motivation

La personne publique doit s'assurer que les motifs justifiant l'exercice de ses pouvoirs de modification du marché sont réguliers : exactitude matérielle et qualification des faits (force majeure, fait du tiers, motif d'intérêt général, etc.).

Toute mesure d'exécution doit être motivée par un but légitime (permet de distinguer le fait du prince du pouvoir de modification unilatérale).

LES PIEGES A EVITER

- Modifier unilatéralement le contrat à l'initiative du cocontractant de la personne publique acheteuse ;
- Procéder à une modification unilatérale alors que l'intérêt général ne le justifie pas ;
- Changer l'objet du contrat ;
- Modifier les dispositions financières initialement prévues, alors que le marché ne prévoit pas cette possibilité ;
- Prendre une mesure injustifiée ou disproportionnée au regard des circonstances ;
- Priver le titulaire de l'équilibre financier du contrat ;
- Ne pas contraindre son cocontractant à respecter les termes du contrat.