

CONCLUSIONS

M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public

La présente affaire va vous permettre de préciser les obligations de la personne publique vis à vis de son co-contractant défaillant lorsque, pour surmonter la carence de celui-ci, elle a recours à un contrat de substitution.

Il nous faut toutefois, au préalable, vous dire deux mots des faits de l'espèce et du feuilleton contentieux qui ont conduit à ce que cette question vous soit désormais posée.

La société Iveco France était titulaire d'un marché ayant pour objet « l'acquisition de véhicules de dégivrages et d'antigivrages pour aéronefs » qui lui avait été notifié, le 11 janvier 2007, par la structure intégrée du maintien en condition opérationnelle des matériels aéronautiques du ministère de la défense (SIMMAD). Mais, cette société n'ayant pu exécuter le marché, la SIMMAD l'a résilié, aux torts de la société, le 24 avril 2008 et, le 24 octobre 2008, a attribué le marché de substitution à la société Vestergaard, ce dont la société Iveco a été informée.

De 2013 à 2015, la SIMMAD a notifié à la société Iveco des décomptes provisoires de résiliation de son marché, mettant à sa charge le coût des dépenses supplémentaires résultant du marché de substitution. La société Iveco a alors formé des recours tendant à la décharge du paiement de ces décomptes provisoires et à ce que le juge arrête le décompte du marché résilié. Par un jugement du 2 mai 2016, le TA de Bordeaux a rejeté ces demandes.

En cours d'instance d'appel, la SIMMAD a, d'une part, notifié à la société Iveco le décompte général de résiliation de son marché, et, d'autre part, émis un titre de perception à l'encontre de cette même société, correspondant au solde négatif du marché résilié. La société Iveco France a contesté devant le TA tant ce décompte général que ce titre exécutoire. Par deux jugements des 3 juin 2019 et 30 décembre 2019, le TA de Bordeaux a rejeté ces demandes

Par un arrêt du 20 décembre 2018, se prononçant sur le premier jugement du TA, celui de 2016, la CAA de Bordeaux a constaté un non-lieu sur les conclusions tendant à ce que la cour arrête le décompte du marché résilié et rejete le surplus de l'appel formé par la société Iveco.

Mais par une décision du 26 février 2020, votre 7^e chambre a annulé cet arrêt en tant qu'il avait prononcé un non-lieu, au motif que le juge du contrat devait arrêter le décompte du marché résilié sans attendre le règlement définitif du marché de substitution et alors même qu'un décompte général de résiliation du marché avait été notifié en cours d'instance d'appel.

La cour, à qui votre 7^e chambre avait renvoyé l'affaire, a donc été amenée à statuer à nouveau sur les conclusions tendant à l'établissement du décompte définitif du marché résilié. Elle a joint cet appel avec ceux formés contre les deux jugements suivants du TA, ceux de 2019, qui avaient rejeté les contestations par la société Iveco du décompte général et du titre exécutoire qui lui avaient été notifiés.

Et, par un arrêt du 27 février 2022, la CAA de Bordeaux a fait droit, pour l'essentiel, aux appels de la société Iveco contre les trois jugements. La cour a en effet considéré que la société Iveco n'avait pas été mise à même de suivre l'exécution du marché de substitution et ainsi de veiller à la sauvegarde de ses intérêts. Elle en a déduit que le surcoût du marché de substitution, d'un montant un peu supérieur à 2 M€, ne devait pas être mis à la charge de cette société. Elle a donc réduit d'autant le solde du marché résilié et annulé dans la même mesure le titre de perception. C'est contre cet arrêt, en tant qu'il lui fait grief, que se pourvoit le ministre des armées.

Et c'est le premier moyen qu'il soulève qui va vous conduire à trancher la question de principe que nous avons soulignée en introduction. Il est en effet reproché à la cour, sous le timbre de l'erreur de droit, d'avoir jugé que la notification du marché de substitution ne permettait pas, à elle seule, de mettre à même le titulaire du marché résilié de suivre l'exécution du marché substitué et de sauvegarder ainsi ses intérêts.

Il n'est pas besoin de vous rappeler que l'administration peut, pour surmonter la défaillance de son co-contractant, reprendre le service en régie ou en confier l'exécution à un tiers. Votre jurisprudence en ce sens, qui remonte au moins à l'arrêt du 29 octobre 1926 *Ville de Saint-Etienne* (au Recueil p. 911), a encore été récemment réaffirmée dans vos décisions *Société Entreprise Morillon Corvol Courbot* (9 juin 2017, n° 399382, aux Tables p. 677), *Société Treuils et Grués Labor* (18 décembre 2020, n° 433386, aux Tables pp. 828-832), et *Société Constructions Bâtiments Immobiliers* (27 avril 2021, n° 437148, aux Tables). Dans ces décisions, vous avez par ailleurs rappelé et explicité le droit de suivi de l'ancien titulaire 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 »¹.

Ce droit de suivi est le pendant du pouvoir de substitution de l'administration, pouvoir qui existe même en l'absence de toute stipulation du contrat (CE 9 janvier 1957, *D...*, aux Tables p. 955) et pouvoir auquel l'administration ne peut renoncer puisqu'il s'agit d'une règle d'ordre public (CE Assemblée, 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806, au Recueil p. 466). Il s'ensuit logiquement que le droit de suivi existe quand il est prévu par le contrat (c'est par exemple le cas du CCAG Travaux, qui était en cause dans les affaires *Société Entreprise Morillon Corvol Courbot* et *Société Constructions Bâtiments Immobiliers*) mais que le droit de suivi existe aussi dans le silence du contrat, dès lors qu'il constitue l'une des « règles générales applicables aux contrats administratifs » (et c'était le cas dans l'affaire *Société Treuils et Grues Labor*)². Nous sommes bien, en l'espèce, dans ce dernier cas : le CCAG Marchés industriels 1980, en cause dans la présente affaire, prévoit bien que le marché de substitution est à la charge du titulaire du marché résilié mais il est muet sur les questions de suivi du marché de substitution.

Mais quel est exactement le contenu de ce droit de suivi et quelles obligations fait-il peser sur la personne publique ? Il est certain que le cocontractant défaillant doit recevoir notification du marché de substitution, afin de pouvoir vérifier que le nouveau marché a un objet équivalent à celui de l'ancien ou doit permettre de parvenir au même résultat (voyez à cet égard vos décisions de Section du 17 mars 1972, *Dame F...*, n° 76453, au Recueil p.224 et du 28 janvier 1977, *Ministre de l'Economie c/ Société Heurtey*, n° 99449, au Recueil p. 50). Mais, reste encore ouverte aujourd'hui la question de savoir si la personne publique a d'autres obligations afin de permettre au titulaire défaillant de suivre l'exécution du marché de substitution : si vous avez jugé que la communication du marché de substitution est nécessaire, vous n'avez pas, par ces décisions, jugé qu'elle était suffisante.

Le droit de suivi ayant pour finalité de permettre au titulaire défaillant de vérifier que les surcoûts qui seront mis à sa charge sont justifiés et raisonnables, il ne fait d'ailleurs guère de doute à nos yeux que la seule communication du marché de substitution ne suffit pas à ce que le titulaire défaillant en suive l'exécution. Il n'a en effet aucun moyen, avec cette seule notification, de savoir comment ce marché de substitution est exécuté, quelles sont les prestations effectivement réalisées et comment leur prix a pu varier.

¹ Nous citons là la rédaction la plus récente, celle de *Société Constructions Bâtiments Immobiliers*

² Notons que le fait que le droit de suivi est applicable y compris dans le silence du contrat, qui nous paraît pourtant jugé par votre décision *Sociétés Treuil et Gruie Labor*, semble, étonnamment, n'avoir pas été relevé par les commentateurs (voir par exemple la note sur cette décision d'Hélène Hoepffner « Remédier à la défaillance du titulaire d'un marché : pénalités, mise en régie puis résiliation pour faute », *Contrats et marchés publics*, n° 3 (mars 2021), comm. 74). Par ailleurs, si le droit de suivi est applicable dans le silence du contrat, reste ouverte la question de savoir si ses modalités de mise en œuvre peuvent être aménagées par les parties au contrat

Mais jusqu'où faut-il aller ? La communication au titulaire défaillant des décomptes du marché de substitution, ou, comme au cas d'espèce, des décomptes de résiliation de son propre marché faisant état des surcoûts résultant du marché de substitution est assurément de nature à contribuer à sa bonne information, ne serait-ce qu'en lui permettant d'avoir connaissance de l'état d'avancement de l'exécution du marché de substitution et des prestations qui seront effectivement payées et dont il supportera la charge *in fine*. Mais cette communication ne sera pas toujours suffisante pour que le suivi soit effectif : elle le sera si ces décomptes sont suffisamment explicites ; elle ne le sera pas dans le cas contraire. Nous pensons alors que le titulaire défaillant devrait pouvoir obtenir communication des pièces justificatives des sommes versées au titre du marché de substitution, telles que les factures.

Toute la question - qui est précisément celle dont débattent les parties - est celle de l'initiative de la communication de ces pièces justificatives des prestations et de leur prix. Le ministre soutient que le titulaire défaillant n'avait pas sollicité la communication de pièces justificatives et qu'en se fondant sur l'absence de communication de ces pièces alors qu'elles n'avaient pas été demandées, la cour a posé une obligation de communication spontanée à la charge de l'acheteur public. La société défenderesse ne conteste pas cette lecture de l'arrêt de la cour mais soutient pour sa part que l'obligation de communication spontanée qui en résulte est légitime.

Il est vrai, pour aller en ce sens, que l'obligation pour la personne publique de transmettre spontanément des informations suffisantes n'est pas impossible à satisfaire : il lui suffirait de transmettre systématiquement l'ensemble des pièces justificatives reçues du titulaire du marché de substitution. Poser une telle obligation permettrait en outre de se prémunir d'éventuelles stratégies d'évitement de l'administration, qui pourrait à l'occasion être tentée de parier sur l'inertie du titulaire défaillant qui omettrait de demander des précisions.

Mais, outre que ce dernier risque nous paraît assez mince, il nous semble que la solution consistant à imposer à l'acheteur public une communication spontanément suffisante aboutit à alourdir ses obligations plus que nécessaire pour garantir les droits du titulaire défaillant. En effet, cette solution ferait peser sur la personne publique le risque inhérent à l'appréciation du caractère suffisant de ce qu'elle communique. Or ce risque emporte des conséquences importantes puisqu'une insuffisance de communication aboutirait à décharger le titulaire défaillant de l'obligation de payer les surcoûts. A suivre le raisonnement de la cour, le titulaire défaillant serait incité à ne rien demander puis à contester devant le juge les sommes mises à sa charge en faisant valoir qu'il n'a pas été suffisamment informé.

Il nous semble donc, à la réflexion, qu'imposer à l'acheteur public une obligation de communication spontanée des pièces justificatives inciterait au contentieux et serait déséquilibrée. Les exigences qui pèsent sur l'acheteur au titre des garanties qu'il doit au titulaire défaillant dans le suivi du marché de substitution ne doivent pas être telles qu'elles

permettent à ce titulaire défaillant d'échapper trop facilement à sa responsabilité. Dans cette logique, nous pensons qu'il serait préférable de juger que l'acheteur doit seulement communiquer spontanément à son co-contractant défaillant le marché de substitution, et que c'est ensuite à ce dernier, en retour, qu'il revient de solliciter des éléments supplémentaires s'il estime ne pas disposer d'une information suffisamment précise pour veiller à la sauvegarde de ses intérêts. Ce n'est que saisi d'une demande de justificatifs que l'acheteur public serait tenu - sous réserve, comme toujours, des demandes abusives - de les transmettre. Un tel système nous semblerait équilibré : la communication spontanée à la charge de l'acheteur est clairement identifiée et ne suppose aucune appréciation de son caractère suffisant ou non ; elle met à même le titulaire défaillant de suivre l'exécution et les coûts et de demander davantage d'informations s'il le souhaite ; et son droit de suivi est ainsi garanti sans qu'il puisse l'instrumentaliser pour échapper à sa responsabilité.

Nous nous sommes interrogés un instant sur l'opportunité d'imposer à la personne publique de communiquer spontanément non seulement le marché de substitution mais aussi ses décomptes. Mais, à la réflexion, nous ne vous proposons pas de vous engager dans cette voie, qui complexifierait inutilement le système que nous avons dessiné : il peut très bien ne pas y avoir de décomptes provisoires du marché de substitution et, par ailleurs, il n'y a, en termes d'information utile pour le titulaire défaillant, pas forcément grande différence entre recevoir un décompte du marché de substitution ou recevoir, comme en l'espèce, un décompte de son propre marché faisant état des surcoûts résultants du marché de substitution. Mieux vaut donc en rester plus simplement aux trois temps que nous évoquions : communication spontanée du seul marché de substitution, éventuelles demandes de précisions par le co-contractant défaillant, transmission des pièces en réponse par l'administration.

Si vous nous suivez, vous casserez donc l'arrêt attaqué : en jugeant que la SIMMAD, qui avait communiqué le marché de substitution, avait manqué à ses obligations en ne communiquant aucune pièce justificative sans relever qu'elles lui avaient été demandées par la société Iveco, la cour a bien exigé une production spontanée de ces justificatifs et, ce faisant, commis l'erreur de droit qui lui est reprochée.

Vous n'aurez donc pas à répondre au second moyen de cassation, qui vous aurait conduit à préciser la nature du contrôle exercé par le juge de cassation sur les éléments transmis par l'administration à son co-contractant défaillant pour le mettre à même de suivre l'exécution du marché de substitution. Le ministre reproche en effet à la cour d'avoir entaché son arrêt d'une erreur de qualification juridique des faits en jugeant que la société Iveco n'avait pas été mise à même de sauvegarder ses intérêts et n'avait pas reçu de pièces justificatives des prestations réalisées dans le cadre du marché substitué alors même que lui avait été notifié non seulement ce marché mais aussi les décomptes provisoires et le décompte général définitif de ce marché. Nous vous signalons néanmoins que nous aurions été d'avis de ne pas vous engager dans un contrôle de qualification juridique des faits. Si vous nous avez suivi

pour casser sur le premier moyen, il n'y aura de toute façon pas lieu pour les juges du fond d'apprécier le caractère suffisant des documents transmis spontanément par l'acheteur. Ceux-ci pourront en revanche apprécier le caractère abusif de la demande de pièces justificatives par le co-contractant défaillant et le caractère suffisant des pièces transmises par l'administration en réponse. Il s'agit là, pensons-nous, d'appréciations factuelles et subjectives que vous pourriez laisser à l'appréciation souveraine des juges du fond.

Après cassation, il vous faudra régler au fond le litige dans la mesure de l'annulation que vous aurez prononcée : pour ce qui concerne le solde du marché résilié, il s'agira en effet d'une seconde cassation et, comme le titre exécutoire porte précisément sur ce solde, il serait vain de renvoyer dans cette mesure l'affaire à la cour.

En ce qui concerne, tout d'abord, la fixation du solde du décompte du marché, vous pourrez facilement écarter le premier moyen d'appel, qui fait écho au moyen de cassation que nous vous avons proposé de retenir : il ne ressort pas du dossier que la société Iveco ait sollicité de la SIMMAD la communication de pièces justificatives en plus des décomptes qui lui avaient été notifiés et, dès lors, cette société n'est pas fondée à soutenir qu'elle n'a pas été mise à même de suivre l'exécution du marché de substitution, dont elle avait bien eu notification.

Il est soutenu, en deuxième lieu, que l'attribution du marché de substitution à la société Vestergaard aurait porté atteinte au principe d'égalité de traitement entre les candidats à la commande publique. A cet égard, vous avez jugé, par la décision de section *Société Propétrol* du 5 novembre 1982 (n° 19413, au Recueil p. 380), que « *dans le cas où une collectivité, à la suite de la défaillance de son co-contractant, passe un marché de substitution* », « *seule une faute lourde commise par la collectivité dans la conclusion de ce marché de substitution est de nature à diminuer la condamnation du titulaire défaillant à supporter les frais résultant de ce marché* ». Il ne nous semble pas certain que cette jurisprudence puisse être reprise telle quelle, compte tenu de ce que les régimes de faute lourde sont désormais, comme vous le savez, tout à fait résiduels. Mais vous pourrez selon nous écarter ce moyen pour une raison encore plus radicale. En effet, il est désormais possible au cocontractant défaillant de former un recours « *Tarn et Garonne* » contre le marché de substitution, en qualité de tiers à ce contrat - vous l'avez incidemment jugé dans *Société Treuils et Grues Labor*³ – mais ce co-contractant défaillant ne saurait en revanche discuter de la validité du contrat de substitution dans le cadre d'un recours de pleine juridiction contre une mesure d'exécution de son propre contrat⁴. Donc, dès lors que la légalité du marché de substitution n'est pas en litige dans le

³ Vous y avez en effet jugé qu'il « est loisible au titulaire du marché de contester la conclusion, par le pouvoir adjudicateur, de marchés de substitution »

⁴ Dans le cadre de ce litige, la seule question pertinente est celle du montant des surcoûts résultant du marché de substitution. A cet égard, on peut éventuellement imaginer que l'irrégularité du marché de substitution constitue un élément au soutien d'une argumentation tendant à démontrer que ce marché a été conclu pour un prix trop élevé (le manquement aux obligations de publicité ou de mise en concurrence étant responsable de la conclusion du marché pour un prix trop élevé). Mais la validité du marché de substitution, en tant que telle, est indifférente

cadre d'un recours portant sur le solde du décompte du marché résilié, le moyen tiré d'une irrégularité dans la passation de ce marché de substitution est purement et simplement inopérant.

Enfin, en troisième lieu, le marché initial comportait à la fois une tranche ferme et des tranches conditionnelles. Lorsqu'il a été résilié, il ne portait encore que sur la tranche ferme et la société Iveco prétend en déduire que les surcoûts résultant de l'exécution des tranches conditionnelles, qui n'était pas certaine au moment de la résiliation, ne devraient pas être mis à sa charge. Mais ce moyen ne vous retiendra guère : la société Iveco France s'étant engagée y compris sur les tranches conditionnelles, la résiliation du marché à ses frais et risques implique que soit mise à sa charge y compris le coût des tranches conditionnelles du marché de substitution.

En ce qui concerne le titre exécutoire, les mêmes moyens d'appel sont soulevés et vous pourrez donc les écarter pour les mêmes raisons. Vous écarterez aussi le dernier moyen, spécifique cette fois-ci au titre exécutoire et tiré de son insuffisante motivation, moyen qui manque en fait.

PCMNC :

- A l'annulation des articles 1^{er} à 4 de l'arrêt attaqué
- Au rejet des requêtes présentées par la société Iveco devant la CAA de Bordeaux
- Au rejet des conclusions présentées par cette même société devant vous au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative

et n'a pas à être discutée.