N° 494073 – Société Nouvelle Laiterie de la Montagne

7ème et 2ème chambres réunies

Séance du 4 juin 2025
Décision du 15 juillet 2025

CONCLUSIONS

M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public

L'établissement public national des produits de l'agriculture et de la mer, plus connu sous le nom de FranceAgriMer, participe depuis longtemps à la mise en œuvre de la politique d'aide aux personnes les plus démunies, à l'origine en redistribuant à des associations caritatives les surplus de la politique agricole commune et, désormais, en passant des marchés publics avec des fournisseurs de denrées alimentaires, afin que ces denrées soient mises à la disposition des associations qui en assureront la distribution. C'est ainsi que, le 17 mai 2016, FranceAgriMer a attribué à la société Nouvelle Laiterie de la Montagne, dont la raison sociale ne reflète apparemment pas la totalité de l'activité, deux lots d'un marché public qui avaient pour objet la fourniture, au plus tard le 15 février 2017, de thon entier au naturel.

Le 13 janvier 2017, cette société a informé FranceAgriMer de ce qu'elle rencontrait des difficultés pour exécuter les marchés, en raison de la situation sur le marché mondial du thon – qui connaissait à l'époque une forte hausse des cours – et a sollicité une augmentation de 18% des prix fixés par les contrats ou un report de la date de livraison. FranceAgriMer a rejeté cette demande le 30 janvier et à nouveau, la société l'ayant renouvelée, les 10 et 20 février suivant. Et, finalement, la société n'a pas livré la totalité des quantités de denrées prévues par les marchés. FranceAgriMer l'a alors informée de ce qu'il entendait, à raison de ce défaut de livraison, faire application des pénalités contractuelles prévues en pareil cas, à hauteur d'un peu plus de 178 000 euros pour le lot n° 272, et d'un peu plus de 21 000 euros pour le lot n° 340. Et, après avoir rejeté le recours gracieux de la société contre cette décision, FranceAgriMer a mis ces sommes à la charge de la société par quatre titres exécutoires datés des 20 et 27 novembre 2018.

La société Nouvelle Laiterie de la Montagne s'est alors tournée vers la juridiction administrative pour obtenir l'annulation de ces titres et la décharge de l'obligation de payer ces pénalités. Le TA de Montreuil puis la CAA de Paris ayant successivement rejeté ses conclusions, elle s'est pourvue en cassation devant vous.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Son premier moyen est dirigé contre les points 8 à 11 de l'arrêt, par lesquels la cour a raisonné dans le cadre tracé par la seconde branche de votre jurisprudence « Béziers I »[1], qu'il est à peine besoin de vous rappeler : lorsqu'une partie à un contrat administratif soumet au juge un litige relatif à l'exécution du contrat, il incombe en principe à celui-ci, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, de faire application du contrat et ce n'est que dans le cas où il constate une irrégularité tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité que le juge ne peut régler le litige sur le terrain contractuel. Et, au cas d'espèce, la cour a relevé qu'il était constant que les marchés conclus entre FranceAgriMer et la Nouvelle Laiterie de la Montagne ne comportaient pas de clause de révision de prix alors qu'ils auraient dû, puisqu'ils entraient dans le champ du V de l'article 18 du code des marchés publics désormais repris en substance à l'article R. 2112-14 du code de la commande publique, lequel impose la présence d'une telle clause dans les marchés d'une durée d'exécution supérieure à trois mois et qui nécessitent le recours à une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux. Mais la cour a jugé que la méconnaissance par un contrat de cette obligation réglementaire de prévoir une clause de révision du prix ne rendait pas illicite le contenu même du contrat et ne constituait pas un vice d'une particulière gravité. Elle a donc réglé le litige sur le terrain contractuel et fait application des stipulations des marchés en litige.

Il n'est pas plus contesté devant vous que devant les juges du fond que les contrats conclus par FranceAgriMer et la Nouvelle Laiterie de la Montagne ne comportaient pas de clause de révision des prix. Et, par ailleurs, il n'est pas non plus contesté et il paraît d'ailleurs peu contestable, d'une part, que l'obligation posée par le V de l'article 18 du code des marchés publics revêt un caractère impératif, de sorte que les parties ne peuvent y déroger[2], et, d'autre part, que les marchés en litige entraient bien dans le champ de cette obligation. En d'autres termes, le vice dont les contrats étaient entachés et que la cour a relevé n'est pas contesté en lui-même.

Ce que conteste le pourvoi, ce sont les conséquences que les juges du fond ont tirées, pour le contrat, de ce vice, point sur lequel vous exercez en cassation un contrôle qui s'étend à la qualification juridique des faits (CE, 10 février 2016, *Société SMC2 et autres*, n° 382148 et 382154, T. pp. 825-835-911).

L'argumentation de la société requérante sur le rattachement de ce vice à la catégorie des vices d'une particulière gravité ne vous retiendra guère. En effet, en dehors des vices du consentement, qui constituent l'essentiel de la catégorie, vous ne qualifiez de vice d'une particulière gravité justifiant d'écarter le contrat que fort peu d'illégalités. Celles-ci, par construction, se rapportent aux conditions de la conclusion du contrat et non pas à son contenu même. Et, en l'état de votre jurisprudence, nous n'en identifions que deux : d'une part, le manquement aux règles de la commande publique commis dans le but intentionnel de

[1] CE, Assemblée, 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, p. 509

[2] Vous semblez d'ailleurs avoir effectivement considéré, par votre décision du 9 décembre 2009, *Département de l'Eure* (n°328803, aux Tables), que cette obligation était d'ordre public

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

favoriser l'attributaire et, d'autre part, le manquement par le pouvoir adjudicateur au principe d'impartialité (voyez, sur le premier point, CE, 15 mars 2019, *Société anonyme gardéenne d'économie mixte*, n° 413584, p. 63 et, sur le second, CE, 25 novembre 2021, *Collectivité de Corse*, n° 454466, au Recueil également). Il est évident que le cas d'espèce que vous examinez aujourd'hui ne se rattache ni à l'une ni à l'autre de ces catégories.

En revanche, est plus délicate, et fait tout l'intérêt de l'affaire, la question de savoir si l'absence dans le contrat d'une clause de révision du prix pourtant obligatoire rend illicite le contenu du contrat.

Rappelons à cet égard que vous avez, depuis « Béziers I », toujours retenu une définition restrictive de cette notion d'illicéité du contenu du contrat. Celle-ci ne recouvre ainsi pas toute contrariété du contrat avec une norme supérieure non plus que toute méconnaissance d'une règle de droit à laquelle pourrait conduire son exécution. Seules sont visées les violations de la loi qui s'étendent à l'ensemble du contrat ou à ses caractéristiques essentielles, de sorte que l'exécution du contrat constitue par elle-même, automatiquement, une violation de la loi et que le contrat ne serait plus le même contrat si on le modifiait pour corriger le vice dont il est entaché.

Lorsque l'on considère les obligations mises à la charge du titulaire du contrat, en somme, l'illicéité du contenu du contrat se confond, ou presque, avec l'illicéité de son objet. C'est ce que vous avez affirmé on ne peut plus clairement par votre décision *Cerba* du 9 novembre 2018 (*Société Cerba et Caisse nationale d'assurance maladie*, n° 420654 et 420663, au Recueil p. 407) : « *Le contenu d'un contrat ne présente un caractère illicite que si l'objet même du contrat, tel qu'il a été formulé par la personne publique contractante pour lancer la procédure de passation du contrat ou tel qu'il résulte des stipulations convenues entre les parties qui doivent être regardées comme le définissant, est, en lui-même, contraire à la loi, de sorte qu'en s'engageant pour un tel objet le cocontractant de la personne publique la méconnaît nécessairement* ». Et c'est en suivant cette logique que vous avez déjà jugé qu'avait un contenu illicite une concession d'aménagement portant sur une opération d'aménagement illégale au regard des prescriptions du code de l'urbanisme (CE, 10 juillet 2013, *Commune de Vias et Société d'économie mixte de la ville de Béziers et du littoral (SEBLI)*, n° 362304, 362318, T. pp. 695-701-704-806-808) ; une clause par laquelle une personne publique renonce à son pouvoir de résiliation unilatérale (CE, 1er octobre 2013, *Société Espace Habitat Construction*, n° 349099, T. pp. 695-696-700) ; une transaction par laquelle le titulaire d'un marché renonce au bénéfice des intérêts moratoires alors que la loi prohibe une telle renonciation (CE, 18 mai 2021, *Communauté d'agglomération de Lens-Liévin*, n° 443153, aux Tables) ou encore, plus récemment, un marché dont l'objet même est la fourniture d'un produit dépourvu de l'autorisation de mise sur le marché exigée par les dispositions qui lui sont applicables (CE 5 avril 2023, *Commune de Hyères et Société Compagnie européenne de réalisations antiparasitaires*, n°459834, 459865, aux Tables).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Si l'on considère, de façon symétrique, les obligations de la personne publique, il nous semble, même si les exemples jurisprudentiels sont moins nombreux, que vous êtes tout aussi restrictif sur la notion d'illicéité du contenu du contrat : en pareil cas, celle-ci ne peut certes, par construction, pas se confondre avec l'illicéité de l'objet du contrat – à savoir les prestations qu'il vise à acheter – mais elle résulte de l'illicéité de l'autre élément essentiel du contrat, à savoir la contrepartie des prestations achetées – leur prix. Vous avez ainsi jugé qu'était illicite le contenu d'un contrat comportant une clause de paiement différé prohibée par la loi et indivisible du reste des stipulations (CE, 3 avril 2024, *Société Victor Hugo 21*, n° 472476, au Recueil).

En revanche, dès lors que les obligations des parties instituées par le contrat ne sont pas, par elles-mêmes, interdites par une norme supérieure, un vice affectant le contrat ne sera pas constitutif d'une illicéité de son contenu. C'est ainsi, par exemple, que vous avez jugé, dans l'affaire *Cerba*, que la méconnaissance de l'obligation de mentionner certaines taxes applicables aux prestations objet du marché ne constituait pas une illicéité. De la même façon, la circonstance que le titulaire d'un contrat n'ayant pas pour objet l'occupation du domaine public mais dont le lieu de réalisation se situe sur une dépendance du domaine public ne dispose pas d'un titre l'autorisant à occuper cette dépendance n'a pas pour effet de rendre illicite le contenu du contrat (CE, 10 juillet 2020, *Société de manutention et d'entreposage de grains*, n° 427216, T. p. 830). Et citons également, parmi les vices qui n'entachent pas d'illicéité le contenu du contrat, la méconnaissance de l'article 79 du code des marchés publics par la clause d'un marché prévoyant une prise d'effet antérieure à sa date de notification (CE, 22 mai 2015, *AXA Corporate Solutions Assurances*, n° 383596, T. pp. 751-761), la méconnaissance de l'article L. 2124-32-1 du code général des propriétés des personnes publiques (CG3P) par une clause selon laquelle l'occupation du domaine ne donnerait pas lieu à la création d'un fonds de commerce (CE, 11 mars 2022, *M. G… et autre*, n°453440, aux Tables), ou encore l'omission de faire figurer dans une convention de délégation de service public, comme le prévoit l'article L. 1411-2 du code général des collectivités territoriales (CGCT), la justification des montants et modes de calcul des droits d'entrée et des redevances versées par le délégataire à la collectivité délégante (CE, 10 juillet 2020, *Commune de la Guérinière*, n°s 434353, 34355, aux Tables).

Enfin, signalons que votre approche restrictive de la notion d'illicéité du contenu du contrat transparaît également dans la façon dont vous appréhendez les cas où une illicéité n'affecte qu'une seule clause du contrat. En pareille hypothèse, si jamais la clause n'est pas divisible des autres stipulations contractuelles, vous considérez certes que l'illicéité entache d'invalidité l'ensemble du contrat (voyez par exemple vos décisions précitées *Société Espace Habitat Construction* et *Société Victor Hugo 21*). Mais, si jamais l'irrégularité constatée n'affecte au contraire que des clauses divisibles du reste du contrat, le juge, saisi d'un recours contestant la validité du contrat, peut alors prononcer, s'il y a lieu, la résiliation ou l'annulation de ces seules clauses. Et, de même, le juge, saisi d'un litige relatif à l'exécution du contrat, peut, en pareil cas, régler le litige sur le terrain contractuel en écartant l'application de ces seules clauses (CE, 4 mai 2011, *Communauté de communes du Queyras*, n° 340089, p.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

200 ; et, pour une confirmation récente de cette solution CE, 17 mai 2024, *Société SMA Energie*, n° 466568, au Recueil).

Au vu de ce panorama, qu'en est-il du vice en cause en l'espèce, l'absence dans le contrat d'une clause de révision du prix pourtant obligatoire ?

Deux considérations pourraient sans doute plaider pour que vous regardiez l'absence de cette clause comme viciant le contenu du contrat. La première est l'importance d'une telle clause dans un marché de fournitures, comme celui en cause en l'espèce, qui nécessite pour sa réalisation le recours à une part importante de fournitures dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux. La seconde est que, comme dans l'affaire précitée *Société Victor Hugo 21*, la méconnaissance de l'obligation réglementaire affecte le prix que la personne publique est convenue de payer, lequel constitue, bien évidemment, un élément essentiel du contrat.

Mais, à la réflexion, des considérations plus nombreuses et, à nos yeux, plus pertinentes, nous convainquent qu'un contrat qui ne comporte pas de clause de révision du prix alors qu'il aurait dû ne peut pas être regardé comme ayant un contenu illicite.

En pareil cas, en effet, l'obligation réglementaire méconnue est certes relative au prix du marché, mais, pour autant, elle ne porte pas sur le prix lui-même ou, comme dans le précédent *Société Victor Hugo 21*, sur le paiement de ce prix, mais seulement sur les modalités selon lesquelles ce prix peut être modifié. Or si le prix lui-même est certainement un élément constitutif du contrat, il nous semble que tel n'est pas le cas de la façon dont il peut, le cas échéant, être révisé. Autrement dit, la révision du prix ou, en l'occurrence, l'absence de révision de ce prix, nous paraît divisible du prix lui-même et de son paiement. Dans le précédent *Société Victor Hugo 21*, à partir du moment où le contrat prévoyait un paiement différé interdit, il était impossible que le contrat soit exécuté sans violer la loi : le titulaire était privé de tout paiement pendant toute la première phase de l'exécution du contrat, alors que c'est précisément ce que vise à éviter l'interdiction du paiement différé et le paiement, quand il survenait enfin, méconnaissait par lui-même la loi, puisqu'il était intrinsèquement contraire à l'interdiction. Mais il n'y a rien de tel en l'espèce. Avec le contrat en litige, la loi n'est pas violée du simple fait de l'exécution du contrat : certes la révision du prix n'est pas prévue, mais le titulaire du contrat peut bel et bien être rémunéré du prix stipulé dans les délais qui s'imposent à l'acheteur public et le paiement n'est pas, par lui-même, contraire à une norme supérieure. D'ailleurs, en réalité, les effets du vice tenant à l'absence de clause de révision du prix ne sont qu'éventuels[3] – et cela renforce notre conviction que ce vice n'entache pas le contrat d'illicéité. En effet, si le cours des matières premières ne subit pas de variation

[3] De façon similaire, on peut également relever que les effets exacts du vice ne sont pas aisément déterminables : les dispositions réglementaires applicables imposent que le contrat comporte une clause de révision du prix, mais ne disent rien du contenu de celle-ci et des modalités de révision du prix. La clause de révision du prix peut ainsi par exemple prévoir un partage du risque, n'imposer une révision du prix que lorsque les fluctuations dépassent un certain seuil, etc.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

pendant la durée du contrat, il n'y aura de toute façon pas lieu de réviser le prix, et le vice n'aura donc aucun effet.

Précisons également que nous ne pensons pas que ce vice puisse affecter l'équilibre général du contrat : on peut certes penser qu'une entreprise qui postule à l'attribution d'un marché de fournitures dont le prix dépend de cours mondiaux accepte d'autant plus volontiers de consentir un prix avantageux qu'elle escompte que ce prix pourra normalement être révisé en cas de besoin, mais pour autant, l'éventuel impact de la clause de révision sur le montant du prix convenu ou même sur le choix de conclure le contrat n'est qu'indirect et nous peinons à croire qu'il soit déterminant d'autant que, sauf vice du consentement, l'entreprise sait bien, au moment de signer le contrat, si celui-ci comporte ou pas une telle clause.

Enfin, si vous nous suivez pour considérer que le cocontractant de l'administration ne peut pas demander au juge d'écarter le contrat au motif de l'absence de clause de révision du prix, celui-ci ne sera pas pour autant dépourvu de toute ressource face à ce vice. Nous pensons en effet qu'il lui sera loisible de solliciter la conclusion d'un avenant pour le corriger, la modification du contrat résultant de l'ajout de la clause oubliée étant d'une portée suffisamment modeste pour être admise dans le cadre rappelé par votre avis d'Assemblée générale du 15 septembre 2022 (n° 405540). Par votre décision *Société Area Impianti* du 20 décembre 2017 (n° 408562, T. pp. 688-772-773-774), vous avez d'ailleurs admis que les parties à un marché puissent convenir par avenant de passer d'un prix révisable à un prix ferme et l'on peut donc penser que, de façon symétrique, il leur est loisible d'ajouter une clause de révision du prix[4]. Par ailleurs dans l'hypothèse où le cocontractant subirait un préjudice du fait d'un bouleversement de l'équilibre économique du contrat par la survenance d'un événement imprévisible et extérieur aux parties, il pourrait, à défaut de révision du prix du contrat, obtenir l'indemnisation de ce préjudice sur le fondement de la théorie de l'imprévision.

Vous l'avez compris, donc, nous vous proposons de jugez que la cour, qui a suffisamment motivé son arrêt sur ce point, n'a commis pas commis d'erreur de droit et n'a ni dénaturé ni inexactement qualifié les faits en jugeant que l'absence de clause de révision de prix ne rendait pas illicite le contenu du contrat et ne constituait pas un vice d'une particulière gravité de nature à justifier que le contrat soit écarté et à faire obstacle au règlement du litige sur le terrain contractuel.

Nous en venons donc au second moyen du pourvoi, par lequel la société Nouvelle Laiterie de la Montagne reproche à la cour d'avoir refusé de modérer les pénalités contractuelles qui lui avaient été infligées.

[4] Nous pensons d'ailleurs que le refus de conclure un avenant pourrait être contesté, avec succès, au contentieux. Mais, en l'espèce, si la société Nouvelle laiterie de la montagne a proposé un avenant, refusé par l'administration, elle n'a pas formé de recours contentieux contre ce refus.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Vous savez en effet que le juge du contrat dispose du pouvoir de moduler les pénalités infligées par la personne publique à son co-contractant, et que ce pouvoir de modulation, consacré à l'origine en matière de marché public et à propos des pénalités de retard (voyez à ce propos CE, 29 décembre 2008, *Office public d'habitations à loyer modéré (OPHLM) de Puteaux*, n° 296930, p. 479 et CE, 19 juillet 2017, *Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent*, n° 392707, p. 265) s'applique en réalité aussi bien aux concessions qu'aux marchés publics, et s'applique à toutes les pénalités contractuelles, et non aux seules pénalités de retard, ainsi que vous l'avez jugé par votre décision *Commune d'Antibes* du 12 octobre 2020 (n°431903 et autres, aux Tables) que nous nous permettons de citer : « *lorsqu'il est saisi d'un litige entre les parties à un contrat de la commande publique, le juge du contrat doit, en principe, appliquer les clauses relatives aux pénalités dont sont convenues les parties en signant le contrat. Il peut, à titre exceptionnel, saisi de conclusions en ce sens par une partie, modérer ou augmenter les pénalités résultant du contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire, eu égard au montant du marché ou aux recettes prévisionnelles de la concession (...) et compte tenu de la gravité de l'inexécution constatée* ».

La société requérante avait donc demandé aux juges du fond de faire usage de ce pouvoir de modulation et de modérer le montant des pénalités qui lui avaient été infligées en raison de ce qu'elle n'avait pas livré la totalité des quantités de denrées prévues par les contrats. Mais la cour s'y est refusé en jugeant que le montant de ces pénalités n'était pas manifestement excessif.

C'est cette appréciation que conteste devant vous la Nouvelle Laiterie de la Montagne. Quel est votre degré de contrôle de cassation sur ce point ? Vous ne l'avez jamais précisé à notre connaissance et il vous revient donc aujourd'hui de trancher.

Dans le sens d'un contrôle allant jusqu'à la qualification juridique des faits, on peut relever que c'est un tel contrôle que vous exercez lorsqu'est en cause le caractère manifestement disproportionné de l'indemnité de résiliation ou de non-renouvellement du contrat consentie au cocontractant d'une personne publique au regard du montant du préjudice qu'il subit effectivement (CE, 22 juin 2012, *Chambre de commerce et d'industrie de Montpellier (CCIM) et société aéroport de Montpellier-Méditerranée*, n° 348676, T. pp. 851-954). Or ce sujet n'est pas sans présenter une certaine parenté avec le caractère excessif ou non des pénalités contractuelles, qui ont justement pour objet de réparer forfaitairement le préjudice qu'a causé à l'acheteur public le non-respect, par son cocontractant, de ses obligations contractuelles.

Mais, pour autant, nous sommes plutôt enclins, pour notre part, à laisser à l'appréciation souveraine des juges du fond le point de savoir si le montant des pénalités est manifestement excessif ou dérisoire. D'une part parce que cette appréciation est très factuelle et ce d'autant qu'elle doit être portée, nous vous l'avons dit, en tenant compte du montant du marché et de la gravité de l'inexécution constatée. D'autre part parce que ce n'est que dans le cas d'une disproportion « manifeste » que le juge du contrat peut faire usage de son pouvoir de

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

modulation et que vous vous en tenez le plus fréquemment à un contrôle limité à la dénaturation lorsque le contrôle du juge du fond est ainsi restreint.

Quoiqu'il en soit, quel que soit le niveau de contrôle en cassation que vous retiendrez, nous ne voyons rien qui devrait vous conduire à remettre en cause l'appréciation portée par la cour. En effet, ainsi qu'elle l'a relevé, les méconnaissances par la Nouvelle Laiterie de la Montagne de ses obligations contractuelles étaient tout sauf négligeables. Les quantités non livrées représentaient ainsi 62,8 % du marché pour le lot n° 272 et 42,6 % du marché pour le lot n° 340. Quant aux montants des pénalités correspondant à ces défaillances – correspondant à 25% du prix des quantités non livrées – ils sont restés relativement modestes en proportion des montants totaux des marchés : 15,7 % pour le lot n° 272 et 10,6% pour le lot n° 340. Ces taux n'excèdent ainsi guère les termes de références dont se prévaut la société requérante en faisant notamment valoir que le guide relatif aux marchés publics de fourniture de denrées alimentaires édité par l'association pour l'achat des services publics recommande de limiter le montant maximal des pénalités de retard à 10% du montant total du marché et que le CCAG Fournitures publié le 31 mars 2021 prévoit lui aussi un plafond de 10% pour les pénalités de retard. Et ces taux de pénalités de 15,7 % et 10,6% restent par ailleurs très inférieurs au taux de 26% dont vous avez déjà admis, certes dans le cadre d'un marché public fort différent, qu'il n'était pas manifestement excessif (CE, 20 juin 2016, *Société Eurovia Haute-Normandie et Société Colas Ile-de-France Normandie*, n° 376235, T. p. 827 sur un autre point).

Enfin, reste à vous entretenir de la dernière branche du second moyen du pourvoi, tirée de ce que la cour aurait insuffisamment motivé son arrêt, et, partant, commis une erreur de droit. La société requérante fait en effet valoir – et c'est exact – qu'elle soutenait devant la cour, pour démontrer le caractère manifestement excessif des pénalités, que FranceAgriMer avait commis des fautes qui avaient contribué à la placer en situation de ne pas pouvoir respecter son obligation de livraison puisqu'alors que les marchés ne comportaient pas de clause de révision des prix l'établissement avait pourtant refusé les solutions qu'elle avait proposées pour résoudre la difficulté résultant de l'augmentation des cours mondiaux du thon, c'est-à-dire soit une augmentation du prix de 18%, soit l'octroi de délais de livraison plus longs. Or, comme le relève à juste titre le pourvoi, la cour n'a rien dit de cette argumentation dans son arrêt.

Mais, pour autant, nous ne croyons pas que l'on puisse reprocher à la cour une insuffisance de motivation ou une erreur de droit. Nous pensons en effet que cette argumentation était inopérante de sorte que la cour pouvait la traiter par prétérition.

Il est vrai, certes, que l'on pourrait éventuellement soutenir qu'il appartient au juge, le cas échéant, de tenir compte d'une faute commise par le pouvoir adjudicateur pour apprécier s'il y a lieu de modérer le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché, dès lors qu'il faut, pour apprécier le caractère manifestement excessif de ces pénalités, tenir compte de la « gravité de l'inexécution constatée ». Cela reviendrait au fond à considérer que

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

l'inexécution de ses obligations contractuelles par le titulaire du marché est moins grave lorsqu'elle s'explique, en tout ou partie, par une faute de l'acheteur public.

Mais nous confessons avoir quelques réticences à admettre cette thèse. La gravité de la méconnaissance de ses obligations contractuelles par le cocontractant de l'administration peut et doit, selon nous, s'apprécier objectivement, au regard de son comportement, de l'ampleur de l'inexécution et des conséquences de cette inexécution pour la personne publique. Et il est d'autant moins évident de tenir compte dans ce cadre du comportement de la personne publique qu'une faute de l'administration ne saurait bien sûr exonérer son co-contractant de son obligation d'exécuter le contrat. Il pourrait sans doute y avoir *in fine* une compensation entre les pénalités infligées au titulaire du marché et l'indemnisation due par l'acheteur public à raison d'une faute qu'il aurait commise, mais c'est là une autre question qui se situe non pas au stade de la fixation du montant des pénalités mais en aval.

Nous vous proposons donc, à titre principal, de juger que le titulaire d'un marché public ne peut se prévaloir utilement de fautes de la personne publique pour demander la modération des pénalités mises à sa charge. Mais, si vous ne nous suiviez pas sur ce point, vous n'en devriez pas moins écarter le moyen. Nous pensons en effet, en tout état de cause, que l'argumentation de la société requérante à laquelle la cour n'a pas explicitement répondu ne constituait pas un moyen autonome mais plutôt un simple argument au soutien du moyen tiré du caractère manifestement excessif du montant des pénalités mises à sa charge. Et, dès lors que la cour répondait à ce moyen par une motivation qui permettait tant aux parties qu'au juge de cassation de suivre son raisonnement, elle n'avait pas à répondre expressément à tous les arguments avancés au soutien de ce moyen.

PCMNC :

- au rejet du pourvoi de la société Nouvelle Laiterie de la Montagne ;
- et à ce que vous mettiez à la charge de cette société une somme de 3 000 euros à verser à l'établissement national des produits de l'agriculture et de la mer (FranceAgriMer) au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.