



Exécution aux frais et risques du titulaire défaillant

Références dans les CCAG : art. 45 CCAG FCS ; art. 48 CCAG MI ; art. 34 CCAG MOE ; art. 27 CCAG PI ; art. 54 CCAG TIC ; art. 52 CCAG Travaux.

L'exécution aux frais et risques en cas de défaillance du titulaire est qualifiée de « *règle d'ordre public* » par la jurisprudence administrative¹. Dès lors, elle s'applique même dans le silence du contrat et les parties ne peuvent y renoncer². En conséquence, les nouveaux CCAG ne subordonnent plus le recours à cette faculté à la condition que les documents particuliers du marché l'aient expressément prévue³.

Les CCAG précisent les deux hypothèses permettant la mise en œuvre de cette prérogative : la première permet de pallier la défaillance du titulaire sans résiliation de son marché (1) ; la seconde nécessite la résiliation du marché pour faute du titulaire, à condition toutefois que la décision de résiliation le mentionne expressément (2).

Exécution aux frais et risques du titulaire défaillant en cours d'exécution du marché

Les CCAG permettent aux acheteurs de prononcer l'exécution aux frais et risques lorsque le titulaire « *n'a pas déféré à une mise en demeure de se conformer aux stipulations du marchés ou aux ordres de service, ou en cas d'inexécution par ce dernier d'une prestation qui, par sa nature, ne peut souffrir d'aucun retard* »

Une telle carence se matérialise généralement par « *l'inertie, les manquements ou la mauvaise foi du cocontractant* »⁴, son départ prématuré du chantier ou encore lorsque ce dernier ne termine pas la prestation. Elle peut également ne concerner qu'une partie des prestations objet du contrat.

La décision de l'acheteur de faire exécuter les prestations par un tiers, en lieu et place du titulaire défaillant, doit être notifiée à ce dernier. La jurisprudence exige par ailleurs que cette notification soit réalisée en bonne et due forme. Un simple courrier adressé au titulaire défaillant faisant référence à l'article du cahier des clauses administratives particulière relatif

¹ CE, Ass., 9 nov. 2016, *Sté Fosmax*, n° 388806 ; CE, 18 déc. 2020, *Sté Treuils*, n° 433386.

² *Ibid.*

³ Seuls les CCAG-Travaux et MI de 2009 prévoyaient déjà la possibilité de faire exécuter les prestations aux frais et risques même si cela n'était pas prévu dans les documents particuliers du marché.

⁴ CE, 18 déc. 2020, *Sté Treuils*, précité.

à l'exécution aux frais et risques est insuffisant⁵. L'acheteur doit ainsi veiller à motiver sa décision et initier un dialogue avec le titulaire défaillant.

Dans le cadre du CCAG-Travaux, il doit être procédé, pour assurer la poursuite des travaux par un tiers, à la constatation des travaux exécutés et des approvisionnements existants, à l'inventaire descriptif du matériel du titulaire défaillant et à la remise à celui-ci du matériel non utile à l'achèvement des travaux (article 52.3 du CCAG-Travaux).

L'exécution des prestations par un tiers ne signifie pas nécessairement la résiliation du marché puisque les CCAG précisent que, sous réserve que les prestations ne soient pas entièrement exécutées, « *le titulaire peut être autorisé par ordre de service à reprendre l'exécution des prestations s'il justifie des moyens nécessaires à cette fin* », dans un certain délai.

Les nouveaux CCAG simplifient, en parallèle, le recours à l'exécution aux frais et risques.

Les CCAG précisent également les modalités de mise en œuvre de l'exécution aux frais et risques du titulaire défaillant. L'augmentation des dépenses qui en résulte « *est à la charge du titulaire. La diminution des dépenses ne lui profite pas* ». Les stipulations des CCAG soulignent qu' « *en cas d'exécution de prestations aux frais et risques du titulaire défaillant, le surcoût supporté par l'acheteur est déduit des sommes dues au titulaire au titre des prestations admises. Ce surcoût correspond à la différence entre le prix que l'acheteur aurait dû régler au titulaire pour la réalisation des prestations et le prix effectivement payé pour l'exécution de celles-ci à la place du titulaire défaillant* ».

Le Conseil d'Etat a récemment rappelé que 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* »⁶. Partant, l'acheteur doit impérativement communiquer le marché de substitution au titulaire défaillant. A défaut de permettre au titulaire de suivre l'exécution du marché de substitution, celui-ci ne saurait être tenu de supporter les conséquences onéreuses qui résulteraient d'un tel marché⁷.

Enfin, le caractère provisoire de l'exécution aux frais et risques sans résiliation du marché initial, affirmé par la jurisprudence⁸, est expressément rappelé dans les CCAG. En effet, si le titulaire n'a pas été autorisé à reprendre l'exécution du marché dans le délai de 30 jours suivant la décision d'exécution aux frais et risques pour le CCAG-Travaux ou, pour les autres CCAG, dans un délai fixé par les documents du marché ou à défaut dans un délai de trois mois à compter de la notification de cette même décision, le marché est résilié pour faute.

⁵ CAA Versailles, *Commune de Domont*, 12 juillet 2018, n°16VE01739.

⁶ CE, 27 avril 2021, *Société Constructions Bâtiments Immobiliers (CBI)*, n°437148 ; CE, 10 juin 1932, *Sieur Bigot*, *Rec.* p. 572.

⁷ CE, 7 mars 2005, *Sté d'Études et Entreprise d'Équipements*, n° 241666.

⁸ CE, Ass., 9 novembre 2016, *Sté Fosmax*, n° 388806.

Exécution aux frais et risques du titulaire défaillant à la suite de la résiliation du marché

L'exécution aux frais et risques peut également intervenir dans l'hypothèse d'une résiliation du marché sous réserve néanmoins « que la décision de résiliation le mentionne expressément »⁹. Ainsi, l'acheteur doit veiller à la mise en œuvre des stipulations des CCAG relatives à la résiliation pour faute du titulaire avant d'envisager la passation d'un marché de substitution.

La résiliation d'un marché aux frais et risques n'ouvre droit à aucune indemnisation pour le titulaire, sauf si elle est irrégulière ou non fondée¹⁰.

Par ailleurs, le titulaire dont le marché a été résilié, bénéficie d'un droit de suivre les marchés de substitution afin que ses intérêts soient sauvegardés¹¹. Toutefois, dans sa décision, *Société Entreprise Morillon* du 9 juin 2017, le Conseil d'Etat a précisé qu'en matière de travaux, l'entrepreneur dont le marché a été résilié et qui n'a pas effectué les mesures de conservation et de sécurité prescrite par l'article 51.1.2 du CCAG Travaux ne bénéficie pas d'un droit de suivre l'exécution d'office de ces mesures¹².

Ce droit de suivi du titulaire s'applique également aux marchés de substitution qui incluent la reprise de potentielles malfaçons¹³.

Si le titulaire défaillant doit attendre le règlement définitif du marché de substitution avant d'obtenir le décompte général¹⁴, le Conseil d'Etat précise toutefois que les stipulations des CCAG ne font pas obstacle à ce que le « cocontractant dont le marché a été résilié à ses frais et risques saisisse le juge du contrat afin de faire constater l'irrégularité ou le caractère infondé de cette résiliation et demander, de ce fait, le règlement des sommes qui lui sont dues, sans attendre le règlement définitif du nouveau marché, après, le cas échéant, que le juge du contrat a obtenu des parties les éléments permettant d'établir le décompte général du marché résilié »¹⁵. Cette jurisprudence demeure valable sous l'empire des CCAG de 2021.

⁹ Art. 45 CCAG FCS ; art. 48 CCAG MI ; art. 34 CCAG MOE ; art. 27 CCAG PI ; art. 54 CCAG TIC ; art. 52 CCAG Travaux. V. également le Guide des CCAG, Fiche « Résiliation aux frais et risques du titulaire ».

¹⁰ CAA Nantes, 22 juin 2012, *SARL DSBC*, n° 10NT00115.

¹¹ CE, 9 juin 2017, *Sté Entreprise Morillon Corvol Courbot*, n° 399382.

¹² *Ibid.*

¹³ CE, 27 avril 2021, *Société Constructions Bâtiments Immobiliers (CBI)*, n°437148.

¹⁴ CAA Lyon, *Société SMAC*, 15 févr. 2018, n° 16LY01386.

¹⁵ CE, 4 juillet 2014, *Communauté agglomération Saint-Etienne Métropole*, n°s 374032 et 375461 ; CE, 26 février 2020, *Sté Iveco France*, n° 428344.