

LA RESILIATION DES CONTRATS

par Bernard BLANC

VERSION 2 actualisée

I - La nature des contrats.

Un marché public est un contrat administratif conclu à titre onéreux entre un organisme public (un EPLE par exemple) et un fournisseur ou un prestataire pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. Et si tous les contrats publics ne sont pas des marchés publics, la quasi-totalité des contrats écrits d'un EPLE sont des marchés publics à l'exception de quelques conventions.

Les clauses de ces marchés publics, le plus souvent pluriannuels, sont souvent rédigées par le prestataire qui impose ainsi ses conditions à l'EPLE. De ce fait des litiges peuvent naître notamment lors de la fin de ces contrats ou de l'application de clauses de reconduction.

La plupart des gestionnaires ont été - ou seront - confrontés à la problématique de la fin d'un contrat public, soit parce que les prestations attendues ne sont pas - ou mal - réalisées, soit pour un litige tenant aux conditions de reconduction et d'indemnisation en cas de résiliation.

Cet article se propose de donner des pistes et des conseils pour éviter les litiges en matière de marchés publics ou pour limiter leur impact pour l'EPLE.

Tout gestionnaire devrait avoir en sa possession un tableau de suivi des contrats de son établissement avec leur objet, montant et date de fin. Ce tableau remplit diverses fonctions.

Pour l'élaboration du budget il permet de connaître les charges fixes pour l'exercice qu'il convient de prendre en compte ; à ce titre il complète utilement le rapport du chef d'établissement sur le budget présenté au CA en novembre. Ce tableau permet de remplir dès le début de l'exercice budgétaire la situation des dépenses en engageant les montants correspondants aux divers contrats en cours. On a ainsi une situation nette des crédits réellement disponibles, notamment en fin d'exercice.

Il permet également d'avoir le calendrier des actions à mener concernant les divers marchés pluriannuels car leur date d'expiration a également une importance. Nombre de contrats prévoient un délai de préavis de trois mois ou plus avant leur date anniversaire pour la résiliation ou la non reconduction. Pour respecter ce délai de préavis il est donc important de faire le point régulièrement pour savoir quand envoyer une éventuelle lettre de résiliation, et prendre rapidement des dispositions pour relancer un marché, une consultation, afin de disposer d'un nouveau contrat sans qu'il y ait d'interruption de la prestation.

II - La résiliation « contractuelle » des marchés publics.

Les documents contractuels des marchés publics prévoient leur durée. Soyez donc particulièrement attentif à l'article de vos contrats qui fixe les modalités de fin ou de reconduction. Votre contrat peut prévoir diverses modalités à ce niveau.

Une durée ferme sans mention de reconduction. Dans ce cas le contrat se termine à la date prévue sans qu'une intervention soit nécessaire. La poursuite éventuelle devant, dans le respect des principes de base de la commande publique, faire l'objet d'un « avenant ».

Une reconduction expresse qui nécessitera un acte de l'ordonnateur pour reconduire le contrat à sa date de fin initiale. A défaut d'une notification envoyée au cocontractant avant que le marché n'arrive à son terme, cela signifie tout simplement qu'il n'y a plus de contrat entre les 2 parties. A noter que cet acte de l'ordonnateur (un simple courrier adressé au fournisseur) reconduisant un marché par reconduction expresse est une pièce justificative à communiquer au comptable avec le contrat pour prouver qu'il est toujours valable et donc permettre le paiement des factures correspondantes.

Une reconduction tacite qui nécessitera une action de votre part si vous souhaitez mettre un terme au marché. Le contrat prévoit une durée initiale d'une ou plusieurs années, puis une reconduction tacite automatique pour une durée variable si l'établissement ne fait pas connaître sa volonté d'y mettre fin en respectant un préavis. Sans action de votre part le marché peut se reconduire indéfiniment ; ce qui contrevient aux règles de la commande publique.

Ce dernier type de contrat est le plus fréquent ; et c'est également celui où l'on rencontre les difficultés et les contentieux. Bien entendu si vous avez fait un marché public dans les formes et que votre « contrat » est constitué des pièces du dit marché que vous avez rédigées et de l'acte d'engagement de votre fournisseur, vous devez en principe être à l'abri de mauvaises surprises.

Attention notamment aux contrats liés aux photocopieurs qui risquent d'être reconduits pour une nouvelle année s'ils ne sont pas dénoncés en temps et heure. Ces contrats doivent faire l'objet d'une lecture attentive et complète car ils sont la principale source de contentieux contractuel. Ainsi, il peut arriver qu'un EPLE soit contraint de continuer à payer un contrat de maintenance de photocopieur faute de résiliation dans les délais, alors même que le contrat de location de l'appareil est lui terminé.

N'hésitez pas à anticiper la lettre pour mettre fin au contrat ; s'il y a un délai minimum qui est celui du préavis contractuel, il n'y a pas de délai maximal et vous pouvez très bien envoyer votre courrier plusieurs mois avant la date limite prévue du préavis. Bien entendu ce sera par lettre recommandée signée de l'ordonnateur avec accusé de réception, et vous vous assurerez de bien avoir reçu l'AR.

Juin, ou même septembre, est le bon moment pour reprendre la liste de vos contrats car souvent la date anniversaire des contrats est le 1er janvier et le préavis est généralement de trois mois. Il ne faut pas se laisser surprendre par ce délai de préavis qu'il est impératif de respecter, ni par le délai nécessaire à une nouvelle consultation pour refaire un marché public (deux mois environ).

III – La question de la tacite reconduction non bornée dans le temps.

III.1 – La réglementation du code de la commande publique.

Il convient de revenir plus en détail sur les problèmes liés aux contrats renouvelables par tacite reconduction sans limite de durée ; car ce sont ceux avec lesquels les difficultés sont les plus nombreuses pour les EPLE.

L'article L 2112-5 du Code de la commande publique dispose que « *la durée du marché est définie en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'Etat, sous réserve des dispositions du présent livre relatives à la durée maximale de certains marchés* ». L'article R2112-4 précise pour sa part qu'« *un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte sa durée totale. Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer* ».

III.2 - La jurisprudence.

En application des jurisprudences « commune de Paita », « commune de Béziers¹ » et « société Bueil », la clause de tacite reconduction est bien illégale mais n'est pas toujours d'une « particulière gravité » permettant d'écarter le contrat. Donc l'existence de cette clause de tacite reconduction dans un contrat public ne suffit pas pour considérer le contrat comme nul, et interdire son analyse au fond par le juge.

Attention : ce n'est pas la clause de tacite reconduction qui est illégale mais une tacite reconduction sans limitation. Le juge l'a rappelé en estimant qu'une clause de tacite reconduction est admise si « *la mise en concurrence a porté sur la durée totale d'exécution du marché, si ses caractéristiques restent inchangées et si le nombre de reconductions a été indiqué dans le marché initial.* »

Voyons les principales jurisprudences en la matière.

Le Conseil d'Etat dans sa décision « Béziers I » du 28 décembre 2009 (1) a posé le principe de la loyauté des relations contractuelles. Ainsi seules des irrégularités « d'une particulière gravité » peuvent empêcher les parties de respecter leurs obligations contractuelles. Un juge saisi d'un litige relatif à l'exécution d'un contrat doit donc appliquer ce dernier ; et le contrat ne pourra être écarté que si un grave manquement aux règles de passation est relevé, et si les circonstances de l'affaire le justifient.

Dans sa décision du 4 mai 2015 « société Bueil » (2), le Conseil d'Etat a considéré que la clause de tacite reconduction contenue dans le marché public objet du litige était certes irrégulière, puisque le nouveau contrat né de ce renouvellement tacite n'avait pas été soumis à une procédure de publicité et de mise en concurrence préalable, mais que cette clause ne constituait pas pour autant un vice d'une gravité telle que le Juge devait écarter l'application du contrat. En conséquence, le litige opposant les parties devait être réglé sur le terrain contractuel et non sur celui de la responsabilité quasi-contractuelle.

Et dans un arrêt du 17 octobre 2016 « Commune de Villeneuve-le-Roi (3), le Conseil d'Etat considère que les clauses de tacite reconduction contenues dans des contrats de la commande publique étant illégales, aucun préjudice, et donc aucun droit à indemnité, ne peut naître, pour le cocontractant de l'administration, de

l'absence de reconduction tacite d'un contrat à l'issue de la durée initiale convenue par les parties. L'illégalité de la clause de tacite reconduction contenue dans un contrat de la commande publique a pour conséquence l'illégalité de la clause prévoyant l'indemnisation du cocontractant de la personne publique à raison de la non reconduction tacite du contrat. Il faut préciser cependant que cette décision concernait une délégation de service public.

Il faut aussi noter que la décision portait sur une indemnisation pour non renouvellement d'un marché en tacite reconduction et non dans le cadre d'une résiliation anticipée intervenant durant la période reconduite. En effet, le contrat résultant de l'application de la tacite reconduction a le caractère d'un nouveau contrat.

Comme on le voit dans ce rapide tour d'horizon de la jurisprudence en la matière, l'état du droit actuel conduit à donner une portée incertaine aux clauses de tacite reconduction, qui en fonction des circonstances particulières des affaires et semble-t-il du critère subjectif tiré de l'intention des cocontractants, conduira le juge à écarter, ou non, le contrat. Il n'est resté pas moins que faire mention de ces diverses décisions du conseil d'Etat dans un courrier lors d'un litige avec une société a de grandes chances de clore le dossier.

Il faudra être attentif au fondement juridique de l'action et savoir si on se place dans le cadre de la légalité contractuelle ou dans celui de la résiliation unilatérale.

III.3 - Comment l'EPLÉ peut-il sécuriser ses contrats publics ?

Le Code de la commande publique érige la limitation de durée en principe. Selon la nature des prestations objet du marché on considère généralement qu'une remise en concurrence, et donc un nouveau marché, doit intervenir après quatre ou cinq ans. Un marché qui se renouvelle automatiquement au-delà de cette durée contrevient aux règles de la commande publique et peut engager la responsabilité de l'établissement, notamment au titre du délit de favoritisme. Le gestionnaire prendra donc soin lors de sa mise en concurrence de borner la durée du marché. Les documents de consultation pourront, à titre d'exemple, prévoir que « la durée du marché est de 4 ans sans reconduction » ou encore que « le marché est passé pour une année, reconductible 3 fois par tacite reconduction, dans la limite d'une durée totale de 4 ans ».

Si la procédure est correctement faite, les documents contractuels du marché seront composés du cahier de consultation rédigé par l'EPLÉ précisant les modalités et conditions, et par l'acte d'engagement du fournisseur retenu les acceptant. Les modalités de fin de contrat sont celles figurant dans les documents de consultation rédigés par l'établissement pour le marché. Ces documents se suffisent à eux-mêmes et il n'est nul besoin de signer un contrat type en plus avec l'attributaire, même si le fournisseur insiste : il ne peut y avoir deux contrats comportant des dispositions différentes pour une même prestation.

Les problèmes surviennent principalement lorsque l'ordonnateur, sans consultation ou avec une procédure de marché incomplète, signe un contrat fourni par le prestataire qui y impose ses propres conditions, notamment de résiliation et de durée. Ces contrats sont des modèles établis pour des échanges commerciaux privés et ne sont généralement pas adaptés à la réglementation des marchés publics ; certains articles sont mêmes illégaux au regard du droit administratif. Sachez donc que quel que soit son contenu, ce contrat reste un contrat public et que vous pouvez donc vous opposer à l'application d'articles qui seraient contraires à la réglementation dont il relève. Vous savez, ces « conditions générales de vente », ces mentions en petits caractères au dos du document dont le commercial vous dit qu'il ne faut pas en tenir compte, que c'est un contrat type non modifiable... Sachez qu'un contrat type d'un fournisseur proposé à la signature de l'EPLÉ peut se modifier, que ce soit par modifications portées sur le document ou un avenant joint rectifiant certains articles. Vous n'imaginez pas comme des modifications impossibles aux dires du commercial deviennent subitement tout à fait possibles dès lors que vous parlez de trouver un autre fournisseur. Outre les clauses de durée, de résiliation, les pénalités, soyez aussi attentifs aux articles concernant les modalités de restitution du matériel en cas de location (comme les photocopieurs qu'il faudrait renvoyer par transporteur à vos frais et en parfait état sous peine de pénalités), sur les modalités de paiement (délai, prélèvement automatique, etc...). Attention notamment aux notions de paiement après service fait et avant ordonnancement : tous les contrats de nos établissements ne sont pas payables avant la réalisation effective des prestations qu'ils concernent (4).

IV - La résiliation unilatérale par l'EPLÉ des marchés publics.

La procédure « normale » consiste à mettre fin à un marché en respectant ses dispositions contractuelles. Mais il arrive que la résiliation d'un contrat puisse être le fait d'une décision unilatérale prise par la personne publique en dehors des stipulations contractuelles dans le cadre d'un litige. C'est une procédure qui doit se limiter à des situations particulières.

On distingue deux grandes situations qui sont la résiliation de plein droit et la résiliation imposée par la personne publique à son cocontractant.

La résiliation de plein droit ne pose pas de problème particulier. Elle intervient lorsque le fournisseur se trouve dans l'impossibilité absolue de respecter le marché ; soit pour cause de force majeure indépendante de sa volonté et d'obstacles qui ne peuvent être surmontés ; soit dans le cas de sa disparition (décès, faillite notamment).

La seconde situation où c'est l'EPLÉ qui imposera à son fournisseur une fin anticipée du marché qui les lie est plus complexe. L'établissement pourra mettre fin unilatéralement au marché pour un motif d'intérêt général ou pour sanctionner une faute du titulaire.

IV.1 - La résiliation pour motif d'intérêt général.

Une personne publique (donc un EPLÉ) dispose toujours du droit de résilier unilatéralement un marché pour un motif d'intérêt général, et ce même en l'absence de clause contractuelle en ce sens. Mais la contrepartie à ce droit est l'entière indemnisation du titulaire qui, par définition, n'a commis aucune faute. Bien entendu on ne parle que d'un marché notifié au candidat retenu puisqu'on sait qu'un EPLÉ peut renoncer à tout moment à finaliser un marché public en déclarant la procédure de consultation sans suite ou infructueuse, et ce sans droit pour les candidats à une quelconque indemnisation.

Le motif d'intérêt général peut par exemple être l'abandon d'un projet, notamment en cas de difficultés techniques ou financières rencontrées en cours d'exécution. Le Conseil d'État a précisé dans l'arrêt Demouchy du 6 février 1925 que « *la résiliation n'a pu intervenir (...) qu'en vertu du pouvoir appartenant à l'administration de rompre le contrat sous réserve d'indemniser l'entrepreneur des pertes résultant pour lui de la résiliation, et de lui accorder, le cas échéant, les dédommagements auxquels il peut légitimement prétendre* ». Le contrat, par une clause expresse, peut exclure toute indemnisation ou prévoir une indemnisation transactionnelle. Dans le silence du contrat, le montant de l'indemnité est généralement négocié entre les parties et donne lieu à la conclusion d'une transaction ; en cas de désaccord le juge tranchera le litige.

A noter, car cela est le cas de nombreux marchés passés par les EPLÉ, que la résiliation des marchés à bons de commande et des accords-cadres passés sans minimum, ne donne pas droit à indemnisation, car l'établissement ne s'est engagée sur aucun montant de commande. De même, aucune indemnisation n'est due aux titulaires d'un accord-cadre multi-attributaire résilié, car ceux-ci ne peuvent justifier d'un manque à gagner certain.

IV.2 - La résiliation pour faute du titulaire d'un marché public.

Il y a des cas dans lesquels l'établissement peut résilier le contrat à titre de sanction ; mais seule une faute particulièrement grave peut le justifier. On distingue la résiliation simple et la résiliation aux frais et risques.

Dans le premier cas le fournisseur est dégagé de ses obligations et ne doit ni ne perçoit aucune indemnisation suite au nouveau marché que passera l'EPLÉ.

Dans le second cas le titulaire du marché résilié devra assumer le surcoût engendré par la passation d'un nouveau marché par l'EPLÉ pour assurer la prestation.

IV.3 – La procédure.

Une mise en demeure préalable doit être adressée au titulaire du marché public que l'on souhaite résilier. Il est préférable qu'elle soit faite par lettre recommandée avec accusé de réception en indiquant clairement les reproches de l'EPLÉ vis-à-vis de l'exécution du marché, en laissant un délai suffisant au fournisseur pour rectifier les manquements et en indiquant si la résiliation sera simple ou aux frais et risques du titulaire. En matière de marché public dont les prestations attendues ne sont pas satisfaisantes il est indispensable de « monter un dossier » avec des écrits, et de ne pas se contenter d'entretiens téléphoniques. Il est souhaitable de constituer un dossier avec copies des courriels et des lettres avant de procéder à la mise en demeure s'il s'agit de dysfonctionnements, et non d'une absence de prestation. Trop souvent lorsqu'ils ont atteint la limite de leur patience et qu'ils souhaitent passer au stade supérieur vis-à-vis d'un fournisseur incompetent les gestionnaires ne peuvent faire état que de vagues plaintes par communications téléphoniques, et ne sont pas en mesure de prouver l'ancienneté et la persistance des problèmes. Il est fortement conseillé de toujours doubler une communication téléphonique par un échange de courriel, ceci afin de pouvoir s'y référer ultérieurement en cas de besoin. Un mail du style « suite à communication téléphonique de ce jour avec.... Je vous confirme que je rencontre le problème suivant... j'ai pris note de votre engagement de... etc... » peut

s'avérer fort utile pour l'avenir. Ce conseil est valable pour les litiges dans le cadre des marchés mais également pour tout autre problème ayant notamment trait à des livraisons, des factures, etc... Cela évite par exemple de recevoir plusieurs mois ou années après un rappel pour une facture que, par téléphone, la société vous avez pourtant indiqué annuler ; sans avoir d'élément concret à y opposer.

S'il n'est pas donné suite à la mise en demeure, l'EPLÉ peut résilier unilatéralement le marché public ; là aussi par lettre recommandée avec AR. Cette décision doit être motivée et doit mentionner expressément le type de résiliation conformément à ce qui avait été annoncé dans la mise en demeure et sa date d'effet. Ne pas oublier de mentionner les voies de recours et, dans la mesure du possible, d'indiquer la situation financière du contrat résilié : ce qui est dû au fournisseur et ce qu'il doit à l'établissement.

Attention au signataire de cette décision. Il convient de noter que lorsqu'il s'agit de marchés pluriannuels n'entrant pas dans le champ de la délégation donnée par le conseil d'administration au chef d'établissement pour les marchés à incidence annuelle, la décision de les résilier ne peut que résulter d'une nouvelle délibération du CA ; c'est l'application du principe juridique du parallélisme des formes.

IV.4 – Le contentieux de la résiliation.

Le cocontractant de l'administration s'il conteste la validité de la résiliation peut saisir le juge dans les deux mois suivant la date à laquelle il a été informé. Et s'il estime qu'il y a urgence à suspendre l'annulation de la résiliation le titulaire du contrat peut demander la suspension de la résiliation devant le juge des référés. Selon les arguments présentés par les deux parties et la gravité des dysfonctionnements avérés, le juge administratif peut soit rejeter la demande présentée par le fournisseur, soit lui octroyer une indemnité ou encore ordonner la reprise des relations contractuelles en annulant la résiliation.

En règle générale on constate que la jurisprudence est souvent favorable à la personne publique ; et un établissement n'a pas à craindre d'engager une procédure en résiliation d'un marché public lorsque son dossier est solide.

IV.5 – La transaction.

Il existe également une autre procédure pour mettre fin à un litige en terme de marché public : la transaction. Le recours à la transaction est possible, à tout moment, pendant l'exécution du marché ou en cours de procédure contentieuse, notamment dans les cas suivants :

- indemnisation du titulaire du marché pour des travaux ou prestations supplémentaires réalisés hors contrat,
- réparation des dommages subis par l'acheteur public ou par le titulaire du marché,
- règlement des conséquences d'un marché annulé par le juge.

La transaction est recommandée dans tous les cas où la créance du demandeur peut être évaluée de manière suffisamment certaine et un contentieux inutile et coûteux peut être évité.

Il s'agit d'un contrat négocié et écrit dont l'objectif est d'arriver au règlement complet du litige par des concessions réciproques équilibrées, et de définir les sommes dues.

La transaction est décrite au paragraphe 2.2.4.7 de l'instruction codificatrice M9-6.

V – Conclusion.

Il convient d'être particulièrement attentif aux clauses traitant de la reconduction et des fins de contrat, notamment au niveau des durée de préavis.

Il ne faut pas avoir peur d'engager une procédure pour mettre fin à un contrat que vous estimez contraire aux intérêts de l'établissement ; que ce soit à cause de sa durée, des modalités ou de la qualité des prestations. Ne vous laissez pas impressionner par les courriers ou l'argumentation de votre co-contractant qui ne tiennent pas généralement face à un examen juridique basique. Si votre dossier est bien constitué vous avez toutes les chances d'avoir gain de cause sans recours au tribunal, car les sociétés hésitent à s'engager sur le terrain de la juridiction administrative qui ne leur est pas très favorable. Au pire une hypothétique indemnisation est le plus souvent inférieure à ce que vous coûterait la continuité du contrat.

N'hésitez pas à consulter votre service juridique rectoral, des collègues compétents dans ce domaine ou même des forums professionnels où cette question des résiliations de marchés publics est souvent traitée.

- (1) *Décision CE « Béziers I ».*
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000022203485>
- (2) *Décision CE « Bueil ».*
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000030547949&fastReqId=1518482597&fastPos=1>
- (3) *Décision CE « Commune de Villeneuve-le-Roi ».*
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000033255683&fastReqId=158974894&fastPos=1>
- (4) *Arrêté du 22 décembre 2017 sur les dépenses payables avant service fait.*
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000036299976&dateTexte=&categorieLien=id>

Exemple de tableau récapitulatif des contrats

CONTRATS ET CONVENTIONS					
Dénomination du dossier	Nature du dossier	Nom du prestataire	Montant annuel	Date de fin de contrat	Observations
Fourniture de gaz (chauffage)	Marché	GAZ OPOIL	1 000,00 €	01/09/2024	Groupement achat marché Région
Surveillance des locaux	Marché	VIGI-LANCE	1 000,00 €	31/12/2019	Marché 3 ans ferme sans reconduction A relancer sept 2019
Maintenance des installations techniques	Marché	COFELY	1 000,00 €	30/09/2020	Marché 4 ans fermes A refaire avril 2020
Contrôle périodique des installations techniques	Marché	SECU-CONTRÔLE	1 000,00 €	31/12/2020	Annuel tacite reconduction
Location machine à affranchir	Marché	TIMBRAGE SA	1 000,00 €	19/01/2021	Durée fixe pas de tacite reconduction
Téléphonie mobile	Contrat	BOUYFREE	1 000,00 €	01/09/2020	Durée fixe 3 ans Attention : tacite reconduction
Assurance	Contrat	MAIF	1 000,00 €	annuelle	Déclaration annuelle à faire
Mise à jour du logiciel Microlinux	Contrat	MICROLINUX	1 000,00 €	annuelle	reconduction expresse courrier à faire en juin
Mise à disposition gymnase municipal	Convention	Ville d'ICI	1 000,00 €	Sans limite / tacite reconduction	Tacite reconduction avenant n°3 du 01/09/18
Mutualisation des payes des contrats aidés	Convention	Lycée DE PAYE	- €	sans durée	nouvelle conv du 01/09/2019
Prêt de matériel d'escalade	Convention	Lycée LAGRIMPE	1 000,00 €	01/09/2021	annuel / tacite reconduction