



# Pour un management performant de l'exécution des marchés publics

---

**Rapport présenté par Alain Buat  
et adopté le 6 mars 2014**

# Pour un management performant de l'exécution des marchés publics

**Rapport présenté par Monsieur Alain BUAT**  
au nom de la Commission du Commerce  
et adopté à l'Assemblée générale du 6 mars 2014

Avec la collaboration de Madame Florence JACQUEMOT,  
Département de droit public et économique, à la Direction générale adjointe chargée des études, de la  
prospective et de l'innovation

Chambre de commerce et d'industrie de région  
Paris Ile-de-France  
27, avenue de Friedland  
F - 75382 Paris Cedex 8  
<http://www.etudes.cci-paris-idf.fr>

Registre de transparence de l'Union européenne  
N° 93699614732-82

LES PRINCIPALES PROPOSITIONS	3
INTRODUCTION	5
Partie 1. Instaurer un cadre de confiance et de transparence	11
I. Clarifier le régime des modifications du contrat	12
II. Endiguer les hypothèses de résiliation sans indemnités	13
III. Identifier au sein du pouvoir adjudicateur l'interlocuteur du titulaire	14
IV. Sécuriser la participation des PME regroupées	15
Partie 2. Evaluer les performances	16
I. Organiser une évaluation des performances du titulaire du marché et de l'acheteur	17
II. Mesurer efficacement la performance et le management de la commande publique	17
III. Valoriser les performances avérées	19
IV. Modérer l'usage intempestif des clauses de pénalité	20
Partie 3. Anticiper les difficultés d'exécution	21
I. Respecter les conditions de mise en œuvre des garanties prévues au sein du marché	22
II. Planifier le processus de « réception » des travaux ou d'« admission » des services	23
Partie 4. Garantir un paiement rapide et complet	24
I. Renforcer l'application des nouvelles règles relatives aux délais de paiement	25
II. Opter pour une politique de paiement globalement favorable aux PME	26
III. Rationaliser le processus de paiement au sein des Administrations pour accélérer les versements aux entreprises	27
Partie 5. Encourager les modes alternatifs de règlement des conflits	29

## LES PRINCIPALES PROPOSITIONS

---

Représentant 18 % du PIB de l'Union Européenne, les marchés publics constituent une manne, notamment, pour les PME-TPE.

Les textes européens ou nationaux focalisent sur l'accès à la commande publique et n'appréhendent que timidement l'exécution des contrats. Or, remporter un marché ne suffit pas, encore faut-il en optimiser la réalisation. En termes de compétitivité économique, cette phase postérieure est toute aussi importante que celle de l'attribution et nécessite un management adapté, lequel permettrait à l'Etat d'économiser 2 milliards d'euros d'ici 2015.

C'est dans cet objectif que s'inscrivent les propositions de la CCI Paris Ile-de-France visant à définir des critères d'évaluation de performances, applicables tant aux pouvoirs adjudicateurs qu'à leurs contractants, sachant qu'un tel dispositif a fait ses preuves dans d'autres pays comme le Royaume-Uni et les Etats-Unis.

### I. Instaurer un cadre de confiance et de transparence

1. Clarifier le régime des modifications du contrat
  - Conserver en droit français, lors de la transposition de la Directive « Marchés publics », les distinctions entre force majeure, imprévision et sujétion imprévue, très favorables aux entreprises.
2. Endiguer les hypothèses de résiliation sans indemnités
  - Alerter les entreprises sur les risques de la clause d'exonération d'indemnité et exhorter les acheteurs publics à lui réserver une utilisation ciblée ;
  - Créer un droit de résiliation unilatérale au profit du titulaire.
3. Identifier au sein du pouvoir adjudicateur l'interlocuteur du titulaire
  - Insérer dans le CMP l'obligation de désigner un interlocuteur unique par marché et garantir son accès auprès du titulaire.
4. Sécuriser la participation des PME regroupées
  - Instaurer dans le CMP une obligation de justification en cas d'exigence de groupement solidaire et contrôler son application.

### II. Evaluer les performances

1. Organiser une évaluation des performances du titulaire du marché et de l'acheteur
  - Exiger des acheteurs publics la mise en place d'une démarche systématique d'évaluation des performances des achats publics.
2. Mesurer efficacement la performance et le management de la commande publique
  - Appliquer une démarche « qualimétrique » ;
  - Garantir le principe du contradictoire dans le contenu de l'évaluation.
3. Valoriser les performances avérées
  - Favoriser la mise en œuvre des clauses incitatives de performance.
4. Modérer l'usage intempestif des clauses de pénalité
  - Eviter le recours systématique aux clauses de pénalité et promouvoir le dialogue sur la sanction ;
  - Limiter la clause à la mesure du risque de non réalisation de la prestation.

### III. Anticiper les difficultés d'exécution

1. Respecter les conditions de mise en œuvre des garanties prévues au sein du marché
  - Réaffirmer par voie de circulaire la limite de retenue de garantie à un maximum de 5% du montant du marché et sanctionner plus sévèrement l'absence de remboursement à l'issue du délai imparti ;
  - Prévoir un paiement à 100% du marché lorsque la retenue de garantie a été remplacée par une caution.

2. Planifier le processus de « réception » des travaux ou d'« admission » des services
  - Exiger un retro-planning type à insérer dans l'acte d'engagement pour faciliter les opérations précédant la réception comportant les vérifications préalables, les contrôles successifs (étape par étape) et les essais.

#### **IV. Garantir un paiement rapide et complet**

1. Renforcer l'application des nouvelles règles relatives aux délais de paiement
  - Prévoir un système d'alerte en cas de dysfonctionnement avec des sanctions plus dissuasives et de substantiels dédommagements auprès des entreprises ;
  - Mettre effectivement en place un système électronique de facturation de la commande publique ajoutant automatiquement, le cas échéant, les frais de retard et l'indemnité forfaitaire ;
  - Travailler de concert avec les autres Etats européens afin que le système français de facturation soit d'office compatible avec celui qui sera communément appliqué.
2. Opter pour une politique de paiement globalement favorable aux PME
  - Abaisser à 15 000 € le seuil au-dessus duquel l'avance est obligatoirement octroyée.
3. Rationaliser le processus de paiement au sein des Administrations pour accélérer les versements aux entreprises
  - Prévoir un système électronique de facturation de la commande publique comportant des alertes pour le respect des délais et ajoutant automatiquement les pénalités de retard en faveur des entreprises.

#### **V. Encourager les modes alternatifs de règlement des conflits**

- Introduire dans le code un article relatif au Médiateur des marchés publics parmi les dispositions recensant les modes de règlement des litiges.

Représentant 18 % du PIB de l'Union soit plus de 1 500 milliards €<sup>1</sup>, les marchés publics sont des instruments incontournables pour relancer l'économie. Mais leur impact sur le niveau d'activité ou la croissance sera d'autant plus favorable que leur « rapport coût-efficacité » sera faible<sup>2</sup>. En clair, c'est l'agrégation de la performance de chaque achat et non leur accumulation en masse qui va déterminer le rôle de levier de la commande publique.

Il faut rappeler que ces contrats ont été en proie à toutes les critiques dans la dernière décennie. Leur étaient reprochés : la complexité de leur réglementation, les freins à l'accès des PME ou la longueur de leurs délais de paiement. Face à une telle situation, les pouvoirs législatif et réglementaire ont réagi. Les textes se suivent en nombre pour dénouer les processus complexes et alléger la tâche des candidats<sup>3</sup>. L'Etat français s'est lancé à ce titre dans une rationalisation d'envergure et entend économiser 2 milliards d'euros d'ici à 2015, son service achat (SAE) ayant déjà obtenu 340 millions d'euros de gain en 2012<sup>4</sup>. L'Europe n'est pas en reste avec l'approbation par le Parlement, il y a un mois, des Directives « marchés publics »<sup>5</sup> et avec elles autant de simplifications très attendues.

Néanmoins, un domaine dans le processus de l'achat public a échappé pour l'essentiel à toutes ces réformes : l'exécution de la convention une fois conclue. Ignorée longtemps par le droit européen et à peine effleurée par le code des marchés publics (CMP), elle soulève pourtant bon nombre de questions et le contentieux la concernant va en s'accroissant<sup>6</sup>.

Elle ne le pourrait à moins car cette exécution réunit, pour un laps de temps généralement beaucoup plus long que l'attribution, deux partenaires parfaitement dissemblables et obéissant à des logiques distinctes en ce qu'ils appartiennent respectivement à la sphère privée et publique, mais menant à bien une mission commune.

---

<sup>1</sup> UBIFRANCE, « Les marchés publics de l'Union européenne », 2013 ([www.ubifrance.fr/suede/001B1305501A+les-marches-publics-de-l-union-europeenne.html](http://www.ubifrance.fr/suede/001B1305501A+les-marches-publics-de-l-union-europeenne.html)).

<sup>2</sup> Thierry KIRAT, Laurent VIDAL, André DELION, Dyonisos KELESIDIS, Frédéric MARTY, Didier URI « De l'analyse juridique à l'évaluation économique comparée des contrats publics », Manuscrit auteur, publié dans Agences de notation, immobilier et contrats publics, « Contributions sur l'attractivité économique comparée du droit des contrats publics », Dir : B. du Marais (Ed).

<sup>3</sup> Lors du quatrième Comité interministériel pour la modernisation de l'action publique (CIMAP) du 18 décembre 2013, le gouvernement a annoncé une réduction de deux milliards d'euros d'ici 2015 des dépenses de l'État et ses établissements publics grâce à la modernisation de l'action publique en matière d'achat public.

<sup>4</sup> Rapport d'activité 2012 du SAE ([http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/sae/doc/SAE\\_2012.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/sae/doc/SAE_2012.pdf)).

<sup>5</sup> Rappelons que les Directives « marchés publics » de l'Union européenne ne s'appliquent qu'aux contrats dont le montant est égal ou supérieur à des seuils remis à jour tous les deux ans. A compter du 1<sup>er</sup> janvier 2014 (Règlement (UE) n°1336/2013 de la Commission du 13 décembre 2013 modifiant les directives 2004/17/CE, 2004/18/CE et 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils d'application pour les procédures de passation des marchés, JOUE du 14 décembre 2013), les seuils de procédure formalisée des marchés publics ont ainsi été relevés à :

- 134.000 € HT pour les marchés de fournitures et de services de l'État ;
- 207.000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales ;
- 5.186.000 € HT pour les marchés de travaux ;
- 414.000 € HT pour les marchés de fournitures et de services des entités adjudicatrices et pour les marchés de fournitures et de services passés dans le domaine de la défense ou de la sécurité.

<sup>6</sup> Nohmana KHALID, « Marché public - Le contentieux de l'exécution ne cesse de se développer », site internet du Moniteur, Actualités, 4 décembre 2013 (<http://www.lemoniteur.fr/165-commande-publique/article/actualite/22978573-marches-publics-le-contentieux-de-l-execution-ne-cesse-de-se-developper>).

M.-D. BARRE, R. AUBUSSON de CARVALAY, M. ZIMOLAG, « Dynamique du contentieux administratif. Analyse statistique de la demande enregistrée par les tribunaux administratifs, (1999-2004) ». Etude exploratoire. Note de synthèse (CESDIP/CNRS/Ministère de la justice), mars 2006.

L'affaire est d'autant plus délicate que les marchés publics :

- poursuivent de plus en plus des objectifs sociétaux (sociaux, environnementaux, énergétiques..) bien souvent éloignés des exigences de rentabilité d'une entreprise ;
- obéissent à la poursuite de l'intérêt général et méconnaissent « l'exception d'inexécution » qui autorise en principe l'opérateur économique à ne pas remplir ses obligations lorsque son cocontractant n'a pas assumé les siennes<sup>7</sup>.

Dans ces conditions, il est nécessaire de comprendre par quel biais un tel contrat pourrait être rendu plus hospitalier pour les PME. Mais l'exécution soulève aussi d'autres problématiques en partie liées à la « fonction stratège » qu'on veut accorder aux marchés et aux deniers publics.

### 1) Enjeux économiques et sociétaux

Les Administrations des pays membres de l'OCDE dépensent en moyenne 12 % du produit intérieur brut (PIB) au titre des marchés publics, hors achats des sociétés de services publics appartenant à l'Etat<sup>8</sup>.

Le taux s'élève, au sein de l'Union, à 18% du PIB européen. Cependant, même si elle est encore peu perceptible, la tendance est à la baisse.

Les chiffres français publiés par l'Observatoire économique de l'achat public en décembre 2013 confirment cette tendance :

- en 2011, 112 213 marchés publics étaient passés en nombre pour 82,3 milliards d'euros en montant ;
- en 2012, 103 185 marchés pour 75,5 milliards euros<sup>9</sup>.

Les deniers publics sont donc moins disponibles et plus fléchés.

Conformément à la stratégie Europe 2020, ces contrats constituent des outils de promotion en faveur du développement durable dans ses aspects tant sociaux qu'environnementaux ainsi que dans l'objectif de soutenir l'innovation. Notre CMP intègre cette dimension en posant ces objectifs comme autant de guides dans la détermination du besoin à l'origine de l'achat public<sup>10</sup>. Ils constituent également des critères d'attribution appréhendés en termes de performances<sup>11</sup> sous la forme notamment de conditions d'exécution<sup>12</sup>. La nouvelle Directive s'inscrit aussi dans ce mouvement.

---

<sup>7</sup> Cf. notamment CE, 7 janvier 1976, Ville d'Amiens, Rec.11, AJ 1976.632. Une exception à ce principe peut résider pour les seuls marchés de travaux lorsque la poursuite du contrat bouleverserait la situation du cocontractant ou compromettrait l'ouvrage (CE, 8 novembre 1940, Commune de Maussane, Rec. 205).

<sup>8</sup> OCDE (2013), « Taille des marchés publics », in Panorama des administrations publiques, 2011, Editions OCDE, ([http://dx.doi.org/10.1787/gov\\_glance-2011-46-fr](http://dx.doi.org/10.1787/gov_glance-2011-46-fr)).

Il faut cependant préciser que leur poids dans le PIB varie considérablement d'un pays à un autre. Ainsi, en Islande, aux Pays Bas et en République Tchèque, il est de 15% alors qu'il représente moins de 7% au Chili, au Mexique et en Suisse.

<sup>9</sup> Observatoire économique de l'achat public 2012 : Le recensement de l'achat public - Exercice 2012, novembre 2013. Synthèse des données globales nationales concernant les marchés publics notifiés. [http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/oeap/recensement/chiffres-recensement-2012.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/recensement/chiffres-recensement-2012.pdf)

<sup>10</sup> Article 5 du CMP.

<sup>11</sup> Article 53 du CMP.

<sup>12</sup> Article 14 du CMP. Notons qu'ils peuvent aussi constituer l'objet même du contrat (article 30 du CMP : marchés d'insertion professionnelle), se voir réserver des marchés publics ou des lots (article 15 du CMP) ou enfin bénéficier d'un droit de préférence (article 53 – IV du CMP).

A cette fin, un effort global de pédagogie et d'accompagnement a été consenti par l'Administration<sup>13</sup> avec quelques résultats<sup>14</sup> comme l'augmentation, entre 2009 et 2011, de 1,9 % à 4,1 % du nombre des marchés publics supérieurs à 90 000 € comportant des clauses sociales et de 2,6 % à 5,3 %<sup>15</sup> s'agissant des clauses environnementales.

Cependant, ces démarches en faveur d'une utilité sociétale entraînent une contrainte supplémentaire tant pour l'acheteur public que pour les entreprises au stade de l'exécution, sans pour autant que la plus-value apportée ne soit évaluée, ni que les moyens ne soient donnés aux contractants d'ajuster le contrat en fonction de ces objectifs au fil de la mise en œuvre des clauses.

**Les marchés publics devenant stratégiques, leur exécution aurait besoin d'un environnement juridique et politique plus propice à la performance et, notamment, plus adaptable et davantage ouvert à la concertation des cocontractants.**

Dans cette perspective, le positionnement des pouvoirs publics est encore trop figé quant à la vie du contrat et trop centré sur les seules attentes en termes d'économies financières. Une approche pluriannuelle et globale de la performance couplée à un dispositif élaboré de recensement et d'évaluation serait utile pour éclairer l'élaboration et le suivi des conventions futures.

## 2) Enjeux juridiques

Au stade de l'attribution, le donneur d'ordre public bénéficie de prérogatives dérogatoires au droit commun :

- un pouvoir de contrôle et de surveillance, il y ait même tenu sauf à risquer des sanctions ;
- un pouvoir de direction qu'il exerce au moyen de décisions unilatérales et sous la forme d'ordres de service ;
- un pouvoir de modification et de résiliation unilatérale pour des motifs d'intérêt général.

Il peut adopter alors des comportements pénalisants pour ses cocontractants. Ainsi, un retard pris dans le paiement des prestations fondé sur une mauvaise circulation de l'information entre l'ordonnateur et le comptable, l'abus dans la retenue de garantie ou le recours intempestif à des modifications qui se révèlent substantielles peuvent jusqu'à coûter la vie d'une PME.

L'exécution est donc un terreau fertile pour les litiges entre l'entreprise contractante, d'une part, et le pouvoir adjudicateur, d'autre part. Cela est particulièrement dangereux car les contentieux de l'exécution coûtent chers et peuvent être longs : ils emportent la plupart du temps des dommages-intérêts au regard des prestations déjà effectuées et peuvent entraîner des problématiques matérielles pesantes pour le service public.

Compte tenu des enjeux, on peut s'étonner de ce que l'exécution est encore un terrain très peu réglementé. Le CMP ne lui accordant que ses articles 86 et suivants et les Directives européennes ne s'y intéressant quasiment pas, elle est cantonnée à la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la CJUE<sup>16</sup> ou dispersée dans des textes annexes interférant sur les marchés publics.

---

<sup>13</sup> Voir, notamment, la circulaire du Premier ministre n°5351/SG du 3 décembre 2008 pour un Etat exemplaire et celle n° 5451/SG du 11 mars 2010 mais aussi les Plans d'Action pour des Achats Publics Durables ou encore les travaux du Groupe d'Étude des Marchés Développement durable.

<sup>14</sup> Lettre de l'Observatoire économique de l'achat public, n°27, février 2013.

<sup>15</sup> Lettre de l'Observatoire économique de l'achat public, n°22, octobre 2011.

<sup>16</sup> CJUE, 19 juin 2008, aff. C-454/06, Preetext Nachrichtenagentur GmbH : AJDA 2008, p. 2008, note J.-D. DREYFUS ; RD imm. 2008, p. 501, obs. R. NOGUELLOU ; RTDE 2009, p. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez.



Le juge des contrats, largement mis à contribution, a bénéficié de ce recours nécessaire à la justice et jouit depuis d'un office plus large<sup>17</sup> : les titulaires d'un marché peuvent désormais introduire un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation, voire même demandant la reprise des relations contractuelles.

Aujourd'hui, le droit des contrats publics arrive à une époque charnière : il est urgent de lever toute contradiction entre les missions stratégiques données aux marchés publics et les entraves juridiques, institutionnelles et culturelles à leur recherche de performance, d'autant que d'autres Etats ont réussi à établir une telle politique...

### 3) Approche de Benchmark

L'étude de droit comparé démontre le statut hétérogène des règles d'exécution des marchés publics :

- elles sont d'origines diverses : légale (Espagne, USA) ou réglementaire (Allemagne, France) avec des conditions générales ou directives administratives (France<sup>18</sup>, Royaume-Uni<sup>19</sup>) ;
- elles relèvent d'un droit public distinct du droit privé (France, USA) ou relève du droit commun avec quelques spécificités dues à leur objet (Royaume-Uni, Allemagne etc.).

En dépit de cette grande disparité, un rapprochement clair des législations est observable autour de principes généraux tels que le pouvoir unilatéral de l'Administration de modification pour une raison d'intérêt général et celui de résiliation. Cela étant, on soulignera le manque d'information sur l'exécution des contrats, les problématiques transfrontières et leurs chiffrages. Cette pénurie est étonnante si on la compare avec la multitude d'études portant sur les règles de passation.

Dès lors, un tour d'horizon de quelques pratiques et réglementations qui répondent à ces enjeux s'impose.

**L'achat public français** obéit à des conditions d'attribution et d'exécution, dans une logique globale de performance économique, au moment de la dévolution du contrat conformément aux articles 53 et 14<sup>20</sup> du CMP. Il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse en se fondant sur des critères et au regard de ses besoins. Un suivi est mené par le « Service des achats de l'État » (SAE) rattaché au ministre chargé du budget<sup>21</sup> qui doit veiller à ce que ces derniers s'effectuent selon des objectifs économiques, environnementaux et sociaux<sup>22</sup>. A partir de 2014, cette veille se

---

<sup>17</sup> En marge de l'effet levier de la transposition de la Directive « recours » (2007/66/CE), il a fait preuve de beaucoup de hardiesse dans l'appréciation de ses propres pouvoirs d'intervention. Ainsi, le principe selon lequel le juge du contrat, saisi par une partie d'un litige relatif à une mesure d'exécution du contrat public, ne peut que rechercher si celle-ci est de nature à ouvrir droit à indemnité souffre désormais des dérogations substantielles. Eu égard à la portée de la mesure en cause, il peut résilier les contrats illicites ou entachés d'un vice d'une particulière gravité (CE, 28 décembre 2009, n°304802,

Commune de Béziers - dit « Béziers 1 ») ou encore enjoindre la reprise des relations contractuelles alors que le contrat a été résilié (CE, 21 mars 2011, n°304806, Commune de Béziers - dit « Béziers 2 »).

<sup>18</sup> Exemple des Cahiers des clauses administratives générales (CCAG) types.

<sup>19</sup> Exemple des « *standard Forms* ».

<sup>20</sup> Article 14 du CMP : « Les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social.

Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. Elles sont indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation ».

<sup>21</sup> Décret n°2009-300 du 17 mars 2009, JORF du 19 mars 2009 modifié par le Décret n°2013-623 du 16 juillet 2013 portant création du service des achats de l'Etat, JORF du 17 juillet 2013.

<sup>22</sup> Au titre de l'article 2 du Décret modifié, la performance des achats de l'Etat s'apprécie au regard de l'ensemble des conditions et objectifs que sont :

- le développement durable,
- le développement social,
- le plus large accès des petites et moyennes entreprises à la commande publique,
- la diffusion de l'innovation.

matérialisera par un rapport annuel des résultats obtenus par les services de l'État et ses établissements publics<sup>23</sup>. Chaque ministère a, par ailleurs, identifié en son sein une structure dédiée répondant aux objectifs de performance et un « responsable ministériel des achats » met en œuvre les mêmes objectifs par les établissements relevant de sa tutelle. Il n'existe cependant pas encore d'évaluation systématique de l'exécution ni de bases de fiches d'expériences.

L'approche anglo-saxonne est pragmatique en proposant un panel d'instruments produisant une évaluation concertée des titulaires sur des critères précis. La garantie d'une concurrence effective pour l'attribution des marchés publics y est fondamentale, mais l'est tout autant la performance économique. En ce sens, le suivi de l'exécution revêt une importance particulière.

**Au Royaume-Uni**, l'achat public est pétri de la doctrine du meilleur rapport coût-avantage (« *value for money* »)<sup>24</sup>. Cette dernière repose sur trois concepts : l'économie, l'efficacité et l'efficacités. La mise en œuvre de ce principe est officiellement contrôlé par le *National Audit Office* (comparable à la Cour des comptes). Une fonction similaire est attribuée à un des services du ministère des finances, l'Office du commerce du Gouvernement. Ces organes évaluent les économies réalisées en application des trois principes. Leurs audits permettent de préciser les moyens mis en œuvre<sup>25</sup>. Un processus par étapes (« *gateway review* ») suit les projets pendant leur cycle de vie et les soumet à cinq types de ces contrôles, trois jusqu'à l'adjudication et deux *ex post*. A l'issue de l'investigation, les contrôleurs rédigent un rapport qui porte les constatations et recommandations.

**Aux USA**<sup>26</sup>, les contribuables doivent bénéficier de garantie de « *best value* ». Dès lors, la loi sur la rationalisation des achats fédéraux<sup>27</sup> exige une performance économique du fournisseur dans l'exécution du contrat laquelle peut être ensuite prise en compte dans l'attribution de marchés ultérieurs<sup>28</sup>. Pour mieux mettre en œuvre ce principe, le gouvernement américain a mis en place une base de données électronique<sup>29</sup> mettant en commun toutes les fiches d'évaluation (« *score cards* ») des fournisseurs pour tout contrat dépassant 100 000 \$<sup>30</sup>. Cette évaluation doit faire l'objet d'un examen contradictoire.

**Le droit canadien** est au milieu du gué : aucune loi fédérale ne prévoit de suivi précis de performance (dite « rendement ») mais il est possible contractuellement. Ainsi, le gouvernement de l'Ontario<sup>31</sup> mentionne dans

---

<sup>23</sup> Décret n° 2013-623 du 16 juillet 2013 modifiant le décret n°2009-300 du 17 mars 2009 portant création du service des achats de l'Etat, JORF du 17 juillet 2013.

<sup>24</sup> Thierry KIRAT, Laurent VIDAL, André DELION, Dionysios KELESIDES, Frédéric MARTY et Didier URI, « De l'analyse juridique à l'évaluation économique comparée du droit des contrats publics, Manuscrit auteur publié dans « Agences en notation, immobilier et, contrats publics, contribution sur l'attractivité économique du droit » Dir. B. Marais (ed) 2007, 165-252.

<sup>25</sup> A savoir l'expertise mise à disposition, la comparaison permanente des coûts avec les prix du marché, la collecte d'information sur tous les coûts associés, la stratégie achat recourant à diverses options, la meilleure rédaction des contrats compte tenu de l'état du marché pertinent en évitant d'être trop prescriptif et donc trop fermé à l'innovation, l'information des candidats évincés ou encore une base de données sur les fournisseurs.

<sup>26</sup> Thierry KIRAT, Laurent VIDAL, André DELION, Dionysios KELESIDES, Frédéric MARTY et Didier URI (Préc.) ; Ludovic MYHIE, « L'évaluation fournisseurs dans les marchés : l'exemple américain » ([www.acheteurs-publics.com/actualite-des-acheteurs-publics/levaluationfournisseursdanslesmarcheslexempleamericain](http://www.acheteurs-publics.com/actualite-des-acheteurs-publics/levaluationfournisseursdanslesmarcheslexempleamericain)).

<sup>27</sup> Federal Acquisition Streamlining Act – FASA - 1994.

<sup>28</sup> Federal Acquisition Streamlining Act of 1994, 25 January 1994, Part. III "Acquisitions generally".

<sup>29</sup> PRIIRS – past performance information retrieval system (<http://www.ppirs.gov/default.htm>).

<sup>30</sup> Pour utiliser le critère de performance, les agents doivent le pondérer au regard d'éléments tels que la complexité ou le caractère répétitif de l'achat. Le formulaire contient cinq niveaux (exceptionnel, très bon, satisfaisant, peu satisfaisant, non satisfaisant) sous l'angle de 4 critères de performance : technique, contrôle des coûts, respect des délais, relations commerciales (y compris gestion de la sous-traitance).

<sup>31</sup> Il dépense plus de 6 milliards de dollars par année pour l'achat de biens et de services auprès de plus de 55 000 fournisseurs, dont 96 % sont des PME.

[www.doingbusiness.mgs.gov.on.ca/mbs/psb/psb.nsf/Attachments/HowtodoBusiness-Brochure-FRE/\\$FILE/HowtodoBusiness-Brochure-FRE.pdf](http://www.doingbusiness.mgs.gov.on.ca/mbs/psb/psb.nsf/Attachments/HowtodoBusiness-Brochure-FRE/$FILE/HowtodoBusiness-Brochure-FRE.pdf)

ses conventions la façon dont le rendement du fournisseur sera apprécié. L'Ombudsman de l'approvisionnement étudie les systèmes existants en la matière et suit cette question<sup>32</sup>.

#### 4) Scénario d'étude retenu par la CCI Paris Île-de-France

Il résulte de ce benchmark que l'utilisation stratégique des marchés publics suppose un management performant de leur exécution. Les modèles étudiés sont très hétérogènes : depuis des exigences posées en amont de la passation jusqu'à des dispositifs d'évaluation, plus ou moins élaborés, tout au long de la réalisation. A chaque système correspond une approche du « *value for money* ».

Partant, la CCI Paris-Île de-France envisage une solution médiane à travers un cadre de l'exécution des marchés publics plus favorable à la quête de performance, applicable tant aux pouvoirs adjudicateurs qu'à leurs cocontractants, tout en sauvegardant les intérêts des entreprises, en particulier les PME/TPE.

A cette fin, ses propositions<sup>33</sup> s'articulent autour de cinq préceptes simples :

1. Instaurer un cadre de confiance et de transparence
2. Evaluer les performances
3. Anticiper les difficultés d'exécution
4. Garantir un paiement rapide et complet
5. Encourager les modes alternatifs de règlement des conflits

---

<sup>32</sup> Rapport juin 2010 Chapitre 6 : Étude sur l'approche de gestion à l'égard du rendement des fournisseurs (<http://opoboa.gc.ca/praaapp-prorev/2013-2014/suivi-followup-2009-2010-fra.html>).

<sup>33</sup> Ont été consultés en qualité d'experts pour l'élaboration du présent rapport : Mme Patricia GRELIER WYCKOFF, Chef du Service des Marchés, Direction Juridique & Fiscale, Fédération Française du Bâtiment et M. François VILLETTE, Directeur de la Commande Publique de la Ville de Saint-Ouen.

---

# PARTIE 1. INSTAURER UN CADRE DE CONFIANCE ET DE TRANSPARENCE

---

## I. Clarifier le régime des modifications du contrat

### 1. Etat des lieux

En droit français<sup>34</sup> comme en droit européen<sup>35</sup>, la modification des contrats administratifs en cours d'exécution est nécessairement très encadrée, pour éviter qu'une retouche ne remette en cause les critères initiaux d'attribution. Il résulte de l'article 20 du CMP que sauf à devenir substantielle et à exiger une nouvelle procédure de dévolution, une telle modification d'un marché public ne doit pas :

- porter sur une nouvelle prestation dissociable de celle stipulée initialement ;
- bouleverser l'économie du contrat.

En cas de sujétions techniques imprévues, c'est-à-dire de difficultés présentant un caractère exceptionnel et imprévisible au stade de la conclusion et dont la cause est extérieure aux parties<sup>36</sup>, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant du changement en résultant<sup>37</sup>.

Par ailleurs, en vertu de la jurisprudence, l'exécution peut être modifiée sans qu'il soit fait application de l'article 20 :

- en cas de force majeure, c'est-à-dire de difficultés matérielles imprévisibles, irrésistibles et indépendantes de la volonté des parties, l'exonération partielle ou totale de l'exécution du marché est encourue ;
- en cas d'imprévision<sup>38</sup>, le cocontractant est partiellement<sup>39</sup> indemnisé<sup>40</sup>.

De son côté, la Cour de justice de l'Union a précisé que la modification d'un marché public en cours de validité ne doit pas :

- introduire des conditions qui, « si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue »<sup>41</sup> ;
- étendre le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus<sup>42</sup> ;
- changer l'équilibre économique en faveur de l'adjudicataire, d'une manière qui n'était pas inscrite dans les stipulations initiales.

---

<sup>34</sup> L'article 20 du CMP pose : « En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant. Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet. »

<sup>35</sup> Cf. CJUE, 19 juin 2008, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH c. Autriche e.a. aff. C-454/06, Rec., 2008, p. I-4401.

<sup>36</sup> CE, 4 février 2013, n° 357016, Voies navigables de France (VNF).

<sup>37</sup> Désormais, les sous-traitants bénéficient du paiement direct des dépenses résultant pour eux de sujétions imprévues (CAA Bordeaux, 2 avril 2013, n°11BX02720, Assoc. syndicale autorisée des planteurs du Grand-Nord).

<sup>38</sup> C'est-à-dire de survenance d'un événement temporaire, non raisonnablement prévisible, indépendant de la volonté du titulaire du marché, ayant occasionné des charges supplémentaires non prévues lors de la conclusion du contrat, et entraînant le bouleversement de son économie (CE, 30 mars 1916, n°59928, Cie générale d'éclairage de Bordeaux).

<sup>39</sup> A la différence de la sujétion imprévue, l'imprévision entraîne une indemnisation partielle par le pouvoir adjudicateur et non totale.

<sup>40</sup> Notons toutefois que, dans l'hypothèse où la stabilisation des circonstances économiques s'effectue à un niveau tel que les clauses contractuelles s'avèrent définitivement inadaptées, les tribunaux considèrent qu'il appartient aux contractants de procéder à l'amiable à leur révision. A défaut d'accord sur ce point, les tribunaux se réservent le droit de prononcer la résiliation du contrat (Circulaire du Premier ministre et du ministre de l'économie et des finances du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires de marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques, JORF du 30 novembre 1974 p. 11971. Voir aussi l'apport à cette circulaire de la note du 18 mai 2004 du ministère de l'équipement, des transports et de l'aménagement du territoire du tourisme et de la mer).

<sup>41</sup> CJUE, 19 juin 2008, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH, préc. §35.

<sup>42</sup> *Ibidem*, §36.

En tout état de cause, elle ne doit pas être un moyen détourné d'échapper aux exigences liées aux seuils européens des marchés formalisés.

En pratique, la détermination des critères permettant de conclure à la présence d'une modification substantielle nécessitant une remise en concurrence est souvent mal aisée. La circulaire du 3 août 2006<sup>43</sup> a fixé un seuil de « 15% à 20% » d'augmentation de la valeur du contrat initial en-dessous duquel il n'y a pas de bouleversement de son économie. La nouvelle Directive a un peu resserré l'étau en limitant le seuil à 15% pour les marchés de travaux et 10% pour ceux de services et de fournitures. Elle est aussi venue préciser les conditions permettant, sans nouvelle mise en concurrence<sup>44</sup>, une modification par une clause de réexamen, un changement de contractant, ou encore, en cas d'imprévision, dans la limite d'une augmentation de 50% du montant<sup>45</sup>.

## 2. Observations

Le texte européen ne reprend pas les distinctions françaises entre force majeure, sujétion imprévue et imprévision mais interfère dans leur champ d'application. Par ailleurs, un autre risque de confusion concerne le chiffrage de la modification substantielle, les modalités de mise en œuvre de l'imprévision ou encore la question de la modification du titulaire des marchés.

<b>PROPOSITION N°1</b>	<b>Conserv</b> er en droit français, lors de la transposition de la Directive, les distinctions entre force majeure, imprévision et sujétion imprévue, très favorables aux entreprises.
------------------------	---

## II. Endiguer les hypothèses de résiliation sans indemnités

### 1. Etat des lieux

En dehors des hypothèses de résiliation de plein droit (force majeure, disparition du titulaire) ou sanctionnant une faute de son cocontractant, le pouvoir adjudicateur bénéficie, même lorsqu'aucun texte ne le prévoit<sup>46</sup>, d'un pouvoir de résiliation unilatérale pour des motifs d'intérêt général<sup>47</sup>. Pour en user, le donneur d'ordre doit cependant indemniser le contractant. La jurisprudence insiste à cet égard sur le caractère intégral de la réparation du dommage subi par le titulaire, sous réserve que le préjudice financier, moral ou autre soit clairement établi<sup>48</sup>.

---

<sup>43</sup> Circulaire du 3 août 2006 portant manuel d'application du code des marchés publics, JORF n°179 du 4 août 2006 p. 11665, texte n° 23. Notons que dans le cadre de la mise en œuvre de la théorie de l'imprévision le seuil de bouleversement de l'économie du contrat est un quinzième du montant initial total du marché (Circulaire de 1974 (préc.) ; note ministérielle de 2004 (préc.) ; guide pratique du prix dans les marchés publics de la DAJ, avril 2013, ([http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/oeap/concertation/autres\\_groupes\\_travail/guide-prix-dans-mp.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/oeap/concertation/autres_groupes_travail/guide-prix-dans-mp.pdf)).

<sup>44</sup> Article 72-2 de la Directive 2004/18/CE.

<sup>45</sup> Notons qu'en droit français, un seuil identique est retenu pour les « marchés complémentaires » qui sont négociés sans publicité préalable ni mise en concurrence au titre de l'article 35-II, 4° et 5° du CMP. Il s'agit de nouveaux marchés mais leurs montants cumulés, pour les marchés complémentaires de services et de travaux, ne doivent pas excéder 50 % du montant du marché initial.

<sup>46</sup> CE Ass., 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, rec. p. 246.

<sup>47</sup> CE, 17 mars 1864, Paul Dupont, DP 1864 3 p.87 ; CE, 9 décembre 1927, Gargiulo, rec.p.14198.

<sup>48</sup> CAA Bordeaux, 2ème chambre -formation à 3, 12 février 2013, 11BX00521.

Cependant, il est une hypothèse dans laquelle la même résiliation unilatérale peut intervenir sans indemnité pour le cocontractant. Il suffit pour cela que les documents du marché comportent une clause stipulant expressément l'exclusion de toute indemnisation<sup>49</sup>. En revanche, stipuler une clause mentionnant une résiliation unilatérale par l'entreprise cocontractante est illégal<sup>50</sup>.

## 2. Observations

Si l'hypothèse d'une résiliation dans l'intérêt général sans indemnité peut paraître proportionnée à l'occasion d'un marché à bons de commandes sans minimum, elle est au contraire, dans les autres cas, très défavorable aux titulaires.

Il serait donc préférable d'alerter sur les risques inhérents à ces clauses, de conseiller vivement aux pouvoirs adjudicateurs de les réserver à ces marchés spécifiques et de conserver le principe d'une indemnité totale du préjudice subi dans les autres cas.

Par ailleurs, il conviendrait de prévoir une faculté de résiliation à l'initiative de l'entreprise qui pourrait intervenir au moins dans l'hypothèse où, suite à des modifications successives, le marché deviendrait impossible à exécuter, sauf à engager des investissements disproportionnés.

**PROPOSITION N°2 Alerter les entreprises sur les risques de la clause d'exonération d'indemnité et exhorter les acheteurs publics à lui réserver une utilisation ciblée.**

**PROPOSITION N°3 Créer un droit de résiliation unilatérale au profit du titulaire.**

## III. Identifier au sein du pouvoir adjudicateur l'interlocuteur du titulaire

### 1. Etat des lieux

Le CMP prévoyait, dans une ancienne mouture, la désignation d'une personne responsable du marché chargée de mettre en œuvre les procédures de passation et d'exécution des marchés publics mais aussi de leur signature. Cette exigence, rassurante pour les titulaires qui bénéficiaient ainsi d'un interlocuteur unique, a disparu avec le décret du 1er août 2006<sup>51</sup>.

Dès lors, les cocontractants de l'Administration se plaignent de ne pas trouver aisément la personne compétente parmi les agents du pouvoir adjudicateur pour suivre la procédure et l'exécution du contrat dans les temps impartis. Il en résulte des entraves jusque dans le processus de paiement dans des conditions souvent très dommageables pour les entreprises cocontractantes, notamment les PME.

Le problème est si récurrent que le Cahier des clauses administratives générales (CCAG)-Travaux<sup>52</sup> comme le guide des bonnes pratiques de la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'Economie (DAJ) de 2012<sup>53</sup> recommandent « une clause stipulant que le pouvoir adjudicateur désigne, dès notification

<sup>49</sup> CE 7<sup>ème</sup> et 2<sup>ème</sup>SSR, 19 décembre 2012, n°350341 ; CE, 10 décembre 1982, n°22856, Loiselot.

Voir aussi la fiche de la Direction des affaires juridiques de Bercy : ([http://www.economie.gouv.fr/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/conseil\\_acheteurs/fiches-techniques/execution-marches/resiliation.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/execution-marches/resiliation.pdf)).

<sup>50</sup> CAA Nancy, arrêt du 27 mai 2013.

<sup>51</sup> Décret n° 2006-975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics.

<sup>52</sup> L'article 3.3 du CCAG travaux prévoit la désignation d'une personne physique, habilitée à représenter le pouvoir adjudicateur auprès du titulaire, pour les besoins de l'exécution du marché. D'autres personnes physiques peuvent aussi être habilitées par le pouvoir adjudicateur « en cours d'exécution du marché ».

<sup>53</sup> Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, JORF n°39 du 15 février 2012, p. 2600, texte n° 16.

du marché, une personne physique, de préférence sans lien hiérarchique avec les personnes chargées du suivi du dossier, qui sera habilitée à le représenter auprès du titulaire du marché ».

## 2. Observations

Il serait opportun d'introduire dans le CMP l'obligation de désigner un interlocuteur unique par marché en prévoyant dans les documents contractuels :

- une clause qui l'identifie nommément ;
- dans l'hypothèse d'un changement, l'information du titulaire par notification comprenant identification et coordonnées.

**PROPOSITION N°4 Insérer dans le CMP l'obligation de désigner un interlocuteur unique par marché et garantir son accès auprès du titulaire.**

## IV. Sécuriser la participation des PME regroupées

### 1. Etat des lieux

On rappellera que l'entreprise a la faculté de répondre à une offre publique seule, groupée avec d'autres ou encore en qualité de sous-traitant. A cet égard, la cotraitance dite aussi groupement momentané d'entreprise (GME) est un véritable atout et particulièrement pour les PME. En mutualisant par ce biais leurs moyens humains, techniques, matériels et financiers, elles peuvent accéder à des marchés d'importance auxquels séparément elles n'auraient pas eu la capacité de candidater.

Deux formes de groupement sont possibles au titre de l'art. 51 du CMP :

- ✓ le groupement conjoint au sein duquel chaque opérateur est engagé à hauteur des prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées ;
- ✓ la forme solidaire qui engage chaque partenaire pour la totalité.

En vertu de la même réglementation, lorsque cela est nécessaire pour la bonne exécution, le statut du groupement peut être imposé après attribution du contrat, auquel cas cela doit être mentionné dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation.

### 2. Observations

Trop souvent, le pouvoir adjudicateur use de la faculté que lui laisse le CMP de solliciter le caractère solidaire du groupement momentané de l'entreprise candidate. Or, cela freine les opérateurs économiques, notamment les plus modestes, qui craignent la défaillance d'un de leurs cotraitants, les contraignant ainsi à assumer financièrement tout le marché, y compris relativement aux prestations pour lesquelles ils n'étaient pas les exécutants prévus. Un tel risque est disproportionné à celui qui doit être endossé par une PME membre d'un groupement.

Dès lors, la « nécessité pour la bonne exécution du contrat » posée par l'article 51 du CMP qui conditionne le pouvoir d'imposer le statut solidaire à un groupement devrait être strictement interprété. Il conviendrait que l'acheteur public s'en justifie dans les documents du marché et que le juge administratif vérifie la pertinence des éléments fournis.

**PROPOSITION N°5 Instaurer dans le CMP une obligation de justification en cas d'exigence de groupement solidaire et contrôler son application.**



---

## PARTIE 2. EVALUER LES PERFORMANCES

---

## I. Organiser une évaluation des performances du titulaire du marché et de l'acheteur

### 1. Etat des lieux

Jusqu'à la mise en œuvre de la réforme des Directives « marchés publics », un pouvoir adjudicateur ne peut évincer un candidat au seul regard de ses mauvaises exécutions précédentes. En effet, la Directive initiale 2004/18 ne prévoyait pas une telle situation sans toutefois faire obstacle à ce qu'un État membre prenne d'autres mesures d'exclusion visant à garantir la transparence, l'égalité de traitement des soumissionnaires et le principe de proportionnalité<sup>54</sup>.

Conformément au droit de l'Union, l'article 52 du CMP fixe limitativement les motifs de rejet d'une candidature et la jurisprudence précise que l'Administration ne peut se fonder uniquement sur les seuls manquements allégués d'une entreprise dans l'exécution de précédents marchés, sans rechercher si d'autres éléments du dossier de candidature de la société permettent à celle-ci de justifier de telles garanties<sup>55</sup>.

La nouvelle Directive habilite désormais les acheteurs publics à exclure les opérateurs économiques chez lesquels des défaillances importantes ou persistantes ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui leur incombait dans le cadre d'un précédent contrat, lorsque ces défaillances ont donné lieu à sa résiliation, à des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable<sup>56</sup>.

### 2. Observations

Une politique visant la performance devrait s'accompagner d'un suivi effectif, ce dernier devant éclairer la commande publique et éviter des processus d'éviction arbitraire. Une telle doctrine est mise en œuvre avec succès aux USA.

#### PROPOSITION N°6

Exiger des acheteurs publics la mise en place d'une démarche systématique d'évaluation des performances des achats publics.

## II. Mesurer efficacement la performance et le management de la commande publique

### 1. Etat des lieux

Certains acheteurs publics font preuve d'innovation pour faire face aux exigences de performance qui sont désormais les leurs. L'expérience de la Ville de Saint-Ouen est à cet égard particulièrement intéressante. Le 2 janvier 2013, elle s'est en effet dotée d'une Direction de la Commande Publique, avec pour mission non seulement le renforcement de la sécurisation des procédures, mais aussi la mise en place d'une « politique d'achat économiquement rationnelle et structurée ». Pour répondre à ces exigences, une « démarche qualimétrique des achats » a été créée. Elle est structurée autour d'un guide et d'une fiche qualimétrique.

<sup>54</sup> Voir CJUE, 16 déc. 2008, aff. C-213/07 Michaniki AE / Ethniko Symvoulío Radiotileorasis et Ypourgos Epikrateias. Notons aussi que le 17 octobre 2013, la Commission a traduit la Pologne devant la Cour de Justice pour avoir exclu des candidats de procédures de passation parce qu'ils avaient causé des dommages en exécutant un contrat précédent de manière non satisfaisante ou si un pouvoir adjudicateur a résilié un contrat précédent en raison de circonstances engageant la responsabilité de l'opérateur. Cette exclusion automatique s'appliquait même si l'opérateur n'agissait pas de manière intentionnelle ou par négligence.

<sup>55</sup> CE, 10 juin 2009, n°324153, Région Lorraine.

<sup>56</sup> P7\_TA(2014)0025, Edition provisoire, Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 15 janvier 2014 en vue de l'adoption de la directive 2014/.../UE du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE P7\_TC1-COD(2011)0438, article 57, 4 g).

Ce dispositif s'articule autour de quatre exigences :

- un suivi effectif de la qualité des prestations (*reporting*) ;
- le respect des impératifs contractuels du cahier des charges tout au long de la prestation ;
- une évaluation objective des fournisseurs (*sourcing*) ;
- l'incitation systématique à la négociation<sup>57</sup> pour les procédures adaptées.

Ces nouveaux instruments ont fait l'objet :

- d'une présentation lors d'un collectif des cadres ;
- d'une diffusion au sein des services municipaux ;
- d'une formation dispensée par les membres de la Direction de la Commande Publique.

La Ville s'est par ailleurs dotée d'un nouveau site Intranet « mairie.net » avec une rubrique « commande publique » permettant à l'ensemble des services de télécharger les documents nécessaires, ainsi que des fiches « achat » cartographiant tous les types d'achat passés par la Ville, avec les DCE des précédentes consultations, des DCE d'autres collectivités (à titre de comparaison), et une analyse des fournisseurs potentiels.

Cette démarche a permis l'information des élus *ex-post* sur l'exécution des marchés qu'ils ont attribués en commission d'appel d'offres (exécution sincère du mémoire technique par l'attributaire, application ou non de pénalités de retard, surcoût, ou sous coûts en cours d'exécution, etc...).

Le modèle comporte des précisions quant à la gestion des incidents d'exécution et, le cas échéant, l'indication de la résiliation du fait des manquements invoqués.

Cette initiative a été récompensée par le troisième prix des Trophées de la commande publique, compte tenu tout particulièrement de son apport en faveur de la performance et du management de l'achat public.

## 2. Observations

La « fiche qualimétrique » de la ville de Saint-Ouen est un dispositif utile :

- du point de vue de l'entreprise, les fiches initiant une évaluation objective des titulaires des marchés publics en vue du suivi de la qualité des prestations : elle permet de valoriser la bonne exécution des contractants et de mesurer aussi les accidents de parcours pour ne pas actionner des pénalités lourdes de manière intempestive ;
- du point de vue de l'acheteur public, qui appréhende la pertinence de sa définition des besoins, des enjeux, de la quantité commandée, du recours à l'allotissement, ou encore, des spécifications d'exécution financières, techniques et juridiques retenues ;
- du point de vue des risques de contentieux : la démarche permet à l'entreprise de prendre connaissance de l'évaluation, de faire valoir ses remarques et de mettre en place un échange constructif avec l'acheteur.

Partant, une telle démarche mérite d'être globalisée sous réserve que la mise en œuvre respecte les règles de concurrence, de l'égal accès à la commande publique, de la transparence et surtout du principe du contradictoire. Sur ce dernier point, le modèle aurait tout intérêt à prévoir des procédures plus élaborées avec notamment la mention obligatoire des éléments de réponse apportés par le titulaire sur les difficultés rencontrées y compris quant au fonctionnement du service achat en cause.

Ces fiches constituent sans nul doute un outil en faveur de la lutte contre les offres anormalement basses.

---

<sup>57</sup> On rappellera que la négociation ne doit pas avoir pour seul objet de faire baisser le prix.

- |  |                        |  |
|--|------------------------|--|
|  | <b>PROPOSITION N°7</b> | <b>Appliquer une démarche qualimétrique.</b>                                   |
|  | <b>PROPOSITION N°8</b> | <b>Garantir le principe du contradictoire dans le contenu de l'évaluation.</b> |

### III. Valoriser les performances avérées

#### 1. Etat des lieux

En vertu du CMP, des clauses incitatives peuvent être insérées dans les marchés aux fins d'améliorer les qualités des prestations, les délais d'exécution ou encore de réduire les coûts de production<sup>58</sup>.

Le Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics<sup>59</sup> et celui relatif au prix dans ces contrats<sup>60</sup>, recommandent aux donneurs d'ordre de mettre en place de telles clauses, ces primes étant « souvent plus efficaces que des pénalités de retard »<sup>61</sup>.

Conformément à l'article 17 du CMP, elles peuvent être stipulées dans trois hypothèses :

- améliorer les délais d'exécution ;
- rechercher une meilleure qualité des prestations (notamment, prime de bon fonctionnement, lorsqu'un équipement fonctionne sans panne pendant un délai déterminé et prime pour dépassement lorsque le niveau de performance fixé dans les documents du marché est dépassé<sup>62</sup>) ;
- réduire les coûts de production (prime augmentant la marge du titulaire proportionnellement à la réduction des coûts).

#### 2. Observations

On regrettera que ces clauses soient délaissées en pratique alors qu'elles seraient des outils parfaitement appropriés pour promouvoir un achat public moteur pour la croissance et l'innovation. Dans cet esprit, la nouvelle procédure de consultation préalable<sup>63</sup> mise en place par la Directive « marché public » pourrait être recommandée afin de permettre au pouvoir adjudicateur de mieux soupeser les critères technique soumis à variation. Elle permet en effet aux pouvoirs adjudicateurs de réaliser des consultations « en vue de préparer la passation de marché et d'informer les opérateurs économiques de leurs projets et de leurs exigences en la matière ».

- |  |                        |   |
|--|------------------------|---|
|  | <b>PROPOSITION N°9</b> | <b>Favoriser la mise en œuvre des clauses incitatives de performance.</b> |
|--|------------------------|---|

<sup>58</sup> Article 17 du CMP.

<sup>59</sup> Circulaire du 14 février 2012 relative au Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics, (préc.).

<sup>60</sup> [www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics)

<sup>61</sup> Circulaire du 14 février 2012, (préc.) point 21.6.

<sup>62</sup> Circulaire n° 2485/CCM du 4 mars 1969 du ministre de l'économie et des finances relative à l'insertion dans les marchés de clauses de caractère incitatif.

<sup>63</sup> Article 40 de la nouvelle Directive (préc.) : « Avant d'entamer une procédure de passation de marché, les pouvoirs adjudicateurs peuvent réaliser des consultations du marché en vue de préparer la passation de marché et d'informer les opérateurs économiques de leurs projets et de leurs exigences en la matière.

À cette fin, les pouvoirs adjudicateurs peuvent par exemple demander ou accepter les avis d'autorités ou d'experts indépendants ou d'acteurs du marché. Ces avis peuvent être utilisés pour la planification et le déroulement de la procédure de passation de marché, à condition que ces avis n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de non-discrimination et de transparence. ».

## IV. Modérer l'usage intempestif des clauses de pénalité

### 1. Etat des lieux

L'Administration a une simple faculté de prévoir de telles clauses, notamment pour sanctionner les retards. Elle peut y renoncer contractuellement ou par une décision unilatérale. Néanmoins, dans certaines circonstances, cet abandon peut être qualifié d'« avantage injustifié » au titre du délit de favoritisme<sup>64</sup>.

La pénalité affecte le prix et doit rester proportionnée. Si son montant apparaît manifestement excessif ou dérisoire eu égard à celui stipulé<sup>65</sup> le juge peut le limiter ou l'augmenter.

Pour prononcer une pénalité deux conditions cumulatives sont nécessaires :

- une clause de pénalité insérée dans les documents contractuels ;
- des circonstances imputables au titulaire.

### 2. Observations

Le recours à une clause de pénalité doit être dûment réfléchi afin de ne pas devenir une entrave à l'égal accès des marchés publics, ni un instrument utilisé à la légère pendant l'exécution.

**PROPOSITION N°10** Eviter le recours systématique aux clauses de pénalité et promouvoir le dialogue sur la sanction.

**PROPOSITION N°11** Limiter la clause à la mesure du risque de non réalisation de la prestation.

---

<sup>64</sup> Article 432-14 du code pénal : « Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200 000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public. ».

<sup>65</sup> CE, 29 décembre 2008, n° 296930, OPHLM Puteaux.

---

# PARTIE 3. ANTICIPER LES DIFFICULTES D'EXECUTION

---

## I. Respecter les conditions de mise en œuvre des garanties prévues au sein du marché

### 1. Etat des lieux

Afin d'assurer l'exécution du marché, le maître d'ouvrage a le choix entre différents instruments particulièrement complexes<sup>66</sup> :

- la retenue de garantie ;
- la garantie à première demande ;
- la caution personnelle et solidaire.

La retenue de garantie permet de couvrir d'éventuelles réserves à la réception des travaux, services ou fournitures. Le donneur d'ordre peut bloquer une somme par fractions sur chacun des versements dans la limite de 5 % du montant du marché (prix initial augmenté, le cas échéant, des avenants). La somme ainsi retenue doit être remboursée un mois au plus tard<sup>67</sup> après l'expiration du délai de garantie<sup>68</sup>.

Elle peut être remplacée, au gré du titulaire, par une garantie à première demande<sup>69</sup> ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, par une caution personnelle et solidaire<sup>70</sup>.

### 2. Observations

Les entreprises constatent souvent un cumul des garanties opéré par le pouvoir adjudicateur. Cette pratique conduit à méconnaître le taux maximal de la retenue de garantie qui est fixé à 5% par l'article 101 du CMP.

Cette limite doit donc être réaffirmée et les sanctions renforcées. A cet effet, le caractère alternatif des garanties entre elles mériterait d'être mieux précisé.

Enfin, au terme du délai, les 5% doivent être effectivement remboursés sous peine de sanction. Rien n'autorise en effet l'acheteur public à garder le montant de la garantie et ainsi de ne payer que 95% du montant du marché.

---

<sup>66</sup> Frédérique STEPHAN (FFB), « Le paiement à 100% des situations avant réception », Le Moniteur 22 juin 2012, p.50 et s, même auteur, « Le paiement à 100% c'est possible ! », Bâtiment-actualités, 23 juillet 2012, p.14 et s.

<sup>67</sup> En cas de retard, des intérêts moratoires sont dus (article 103 du CMP). Notons que le taux des intérêts moratoires unique applicable à tous les contrats de la commande publique quelle que soit la nature de l'acheteur public est fonction du taux marginal de refinancement de la BCE, or ce dernier a baissé sensiblement au cours de l'année 2013.

<sup>68</sup> Le délai de garantie est la période fixée par le marché qui suit la réception des travaux ou des fournitures et durant laquelle le maître d'ouvrage peut formuler des réserves sur des malfaçons qui n'étaient pas apparentes ou dont les conséquences n'étaient pas identifiables au moment de la réception. En matière de travaux, le Code civil (Article 1792-6) institue une garantie de parfait achèvement (ci-après GPA). En principe, elle dure un an à compter de la réception des travaux (Article 44-1 du CCAG-Travaux). En présence de réserves émises lors de la réception et non levées expressément par le maître de l'ouvrage, le Conseil d'Etat a étendu la garantie au-delà de l'expiration du délai convenu (CE, 26 janvier 2007, n°264306, Sté Mas). Dans cette dernière hypothèse, le régime de la retenue de garantie aurait pu entraîner une levée tacite des réserves. Partant, la Cour administrative d'appel de Bordeaux saisie d'un litige sur ce point, a renvoyé le point de départ de l'obligation de remboursement de la retenue de garantie à la levée expresse des réserves (CAA Bordeaux, 5 février 2009, n°07BX02305, Sté Gatineau, Contrats et Marchés publics n° 4, Avril 2009, comm. 128, Jean-comm. Paul PIETRI, Retenue de garantie et garantie de parfait achèvement).

<sup>69</sup> Si le cumul des sommes dues au titulaire est insuffisant pour constituer la retenue de garantie, celui-ci doit lui préférer une garantie à première demande (Article 102 du CMP).

<sup>70</sup> En cas de remplacement de la retenue de garantie par une garantie à première demande ou une caution personnelle et solidaire en cours de marché, les montants déjà prélevés au titre de la retenue de garantie sont reversés au titulaire après constitution de la garantie de substitution (Article 102 du CMP).

**PROPOSITION N°12** Réaffirmer par voie de circulaire la limite de retenue de garantie à un maximum de 5% du montant du marché et sanctionner plus sévèrement l'absence de remboursement à l'issue du délai imparti.

**PROPOSITION N°13** Prévoir un paiement à 100% du marché lorsque la retenue de garantie a été remplacée par une caution.

## II. Planifier le processus de « réception » des travaux ou d'« admission » des services

### 1. Etat des lieux

On rappellera que la réception est un acte par lequel le pouvoir adjudicateur déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserves<sup>71</sup>, elle met fin aux rapports contractuels en ce qui concerne la réalisation et déclenche les délais de garantie. Il s'agit donc d'une étape cruciale qui nécessite toute la vigilance du titulaire.

Le CCAG-Travaux préconise de s'y atteler<sup>72</sup> « dès la construction des marchés de prestations intellectuelles (maîtrise d'œuvre, coordination en matière de sécurité et de protection de la santé, etc.) » et d'impliquer « tous les intervenants qui vont œuvrer à la conception du calendrier ».

### 2. Observations

La préparation de la réception doit être pensée très en amont par les parties. Les maîtres d'ouvrage doivent prévoir, dans les documents du marché, un retro-planning détaillé comprenant les étapes préalables comme les contrôles successifs et les tests.

A cet égard, il faudrait donner l'accès à des modèles standards par type de marché pour concevoir ces calendriers et protéger les entreprises comme les acheteurs dans cette étape difficile.

**PROPOSITION N°14** Exiger un retro-planning type à insérer dans l'acte d'engagement pour faciliter les opérations précédant la réception comportant les vérifications préalables, les contrôles successifs (étape par étape) et les essais.

---

<sup>71</sup> Constatations de non-conformité avec les stipulations du marché qui peuvent entraîner une réfaction du prix.

<sup>72</sup> Article 41.2 du CCAG-Travaux relatif aux opérations préalables à la réception (OPR).



---

## PARTIE 4. GARANTIR UN PAIEMENT RAPIDE ET COMPLET

---

## I. Renforcer l'application des nouvelles règles relatives aux délais de paiement

### 1. Etat des lieux

Par temps de crise, la trésorerie des entreprises doit être préservée afin qu'elle puisse donner lieu au développement, à l'investissement ou encore à l'innovation et au recrutement. Dans ces conditions, les retards de paiement représentent un fléau. La Directive 2011/7/UE relative à la lutte contre les retards de paiement dans les transactions commerciales a pour objectif d'y mettre un terme. Le titre IV de la loi du 28 janvier 2013<sup>73</sup> et son décret d'application du 29 mars 2013<sup>74</sup> transposent le texte pour ce qui concerne les marchés publics<sup>75</sup>. Il est d'abord procédé à une harmonisation du régime des délais de paiement<sup>76</sup> des contrats publics :

- à trente jours pour l'État et ses établissements publics (hormis ceux ayant un caractère industriel et commercial), les collectivités territoriales et les établissements publics locaux, les entités adjudicatrices ;
- à cinquante jours pour les établissements publics de santé et les établissements du service de santé des armées ;
- à soixante jours pour les entreprises publiques.

Au-delà, la loi pose un droit automatique à des intérêts moratoires, sans qu'aucune formalité ne soit nécessaire. S'y ajoute une indemnité forfaitaire de 40 € visant les frais de recouvrement. Si toutefois elle n'y suffit pas, l'opérateur peut demander une indemnisation complémentaire mais il devra présenter des justifications. Les intérêts moratoires et indemnités forfaitaires doivent être payés dans un délai de 45 jours.

Toutefois, les premiers résultats de l'application de ces mesures en 2013 sont mitigés. Certes, la 11<sup>ème</sup> enquête annuelle de l'Association Française des « Credit Managers » et Conseils (AFDCC) sur les délais de paiement et les pratiques des entreprises arbore un bilan plutôt positif<sup>77</sup>, néanmoins, il doit être lu à la lumière du point de vue des PME<sup>78</sup> dont 38% des sondées considèrent que les délais de paiement des collectivités territoriales s'allongent et 60% rapportent que le délai moyen de paiement de ces collectivités s'élève à plus de 60 jours, le double du maximum autorisé par la loi.

L'Etat a aussi annoncé une modernisation de la chaîne de la dépense publique avec des services facturiers étendus à l'ensemble des administrations afin de diminuer les délais de paiement, l'objectif étant qu'ils soient limités à 20 jours.

---

<sup>73</sup> Loi n°2013-100 du 28 janvier 2013 portant diverses dispositions d'adaptation de la législation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière.

<sup>74</sup> Décret n°2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique.

<sup>75</sup> Le droit interne était cependant déjà, en grande partie, conforme à la directive.

<sup>76</sup> En vertu de l'article 38 de la loi : « Le retard de paiement est constitué lorsque les sommes dues au créancier, qui a rempli ses obligations légales et contractuelles, ne sont pas versées par le pouvoir adjudicateur à l'échéance prévue au contrat ou à l'expiration du délai de paiement ».

<sup>77</sup> S'agissant des collectivités territoriales :

- 35 % des sondés ont constaté une augmentation des délais de règlement des collectivités locales contre 55% en 2012 ;
- 58 % perçoivent une stabilisation ou une amélioration ;
- 7% constatent une diminution.

S'agissant de l'Etat :

- 38 % ont subi une augmentation des délais contre 47 % en 2012 ;
- 56 % des sondés conviennent d'une stabilisation des délais de règlement mais ils sont encore ;
- 6% perçoivent une amélioration.

<sup>78</sup> Etude sur les délais de paiement de la CGPME menée entre le 17 octobre et le 15 novembre 2013 : 383 entreprises employant jusqu'à 250 salariés y ont répondu. 46 % d'entre elles font partie des services, 29 % du commerce et 25 % de l'industrie (<http://www.cgpme.fr/economies/voir/1481/les-delaix-de-paiement-enquete-2013>).

Par ailleurs, alors que les institutions européennes travaillent sur un système standardisé à l'échelle de l'Union<sup>79</sup>, la loi du 2 janvier 2014<sup>80</sup> a habilité le gouvernement à intervenir par voie d'ordonnances pour développer la facturation électronique dans les relations de l'Etat, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics avec leurs fournisseurs, par l'institution d'une obligation, applicable aux contrats en cours, de transmission dématérialisée des factures. Cette mesure entrerait en vigueur de façon progressive pour tenir compte de la taille des entreprises concernées et de leur capacité à remplir cette obligation.

## 2. Observations

Si le surcoût lié aux dépassements des délais de paiement de la commande publique est un enjeu de la performance économique de l'Etat, il est par ailleurs fondamental pour la survie des TPE et PME ne bénéficiant pas de la trésorerie suffisante pour supporter des attermolements aussi répétitifs et étendus dans la facturation de leurs prestations.

Il est indéniable que des avancées positives découlent de la loi de 2013, néanmoins, elles devront faire l'objet d'un suivi attentif pour vérifier qu'elles sont effectivement appliquées. A cette fin, il serait utile de prévoir un système d'alerte.

Enfin, s'agissant de la facturation électronique, elle doit certes rapidement intervenir mais il ne faut pas que cela se fasse sans les partenaires européens. Le risque serait de devoir réformer ensuite le système pour le rendre conforme au futur dispositif à l'étude dans l'Union.

**PROPOSITION N°15** Prévoir un système d'alerte en cas de dysfonctionnement avec des sanctions plus dissuasives et de substantiels dédommagements auprès des entreprises.

**PROPOSITION N°16** Mettre effectivement en place un système électronique de facturation de la commande publique ajoutant automatiquement, le cas échéant, les frais de retard et l'indemnité forfaitaire.

**PROPOSITION N°17** Travailler de concert avec les autres Etats européens afin que le système français de facturation soit d'office compatible avec celui qui sera communément appliqué.

## II. **Opter pour une politique de paiement globalement favorable aux PME**

### 1. Etat des lieux

Conformément au CMP<sup>81</sup>, le versement d'une avance est obligatoire lorsque le montant initial du marché est supérieur à 50 000 euros et que sa durée dépasse les deux mois mais elle peut être aussi accordée par le pouvoir adjudicateur pour les marchés moins importants. Ses conditions de versement sont fixées par le contrat et peuvent être modifiées par avenant.

<sup>79</sup> Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à la facturation électronique dans le cadre des marchés publics/\* COM/2013/0449 final.

<sup>80</sup> Loi n°2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises, JORF n°2 du 3 janvier 2014 p. 50, texte n° 1.

<sup>81</sup> Articles 87 à 90 du CMP.

Par ailleurs, les prestations qui ont donné lieu à un commencement d'exécution ouvrent droit à des acomptes avec une périodicité d'au maximum trois mois.

Lorsque le titulaire est une PME, ce maximum est ramené à un mois pour les marchés de travaux. Pour ceux de fournitures et de services, il peut aussi être réduit à un mois à la demande du titulaire.

## 2. Observations

En principe, tout paiement d'une personne publique à un tiers implique un service fait. Cependant, pour exécuter au mieux les marchés qu'elles remportent, les entreprises ont besoin de financement et ne trouvent pas toujours les réponses auprès des banques. C'est pourquoi, le CMP prévoit l'octroi d'avances et d'acomptes.

Néanmoins, le bénéfice automatique de l'avance devrait être abaissé à 15 000 € afin qu'il bénéficie davantage aux PME souvent titulaires des marchés de plus faibles montants et ce, sans garantie bancaire de remboursement.

**PROPOSITION N°18**      **Abaisser à 15 000 € le seuil au-dessus duquel l'avance est obligatoirement octroyée.**

## III. Rationaliser le processus de paiement au sein des Administrations pour accélérer les versements aux entreprises

### 1. Etat des lieux

Le pouvoir adjudicateur est compétent pour ordonner ses dépenses mais son comptable public<sup>82</sup> peut seul procéder au paiement du créancier et il doit, pour ce faire, exercer des contrôles obligatoires qui engagent sa responsabilité personnelle et pécuniaire. Cette procédure allonge souvent de façon vertigineuse les délais de paiement.

Pour éviter les abus, le décret d'application du 29 mars 2013<sup>83</sup> énonce que les pouvoirs adjudicateurs pourvus d'un comptable public<sup>84</sup> doivent mentionner dans leurs contrats « les conditions administratives et techniques auxquelles sont subordonnés l'ordonnancement et le paiement ».

Il pose aussi un certain nombre de garanties parmi lesquelles la possibilité limitée à une seule occasion<sup>85</sup> pour l'acheteur public de suspendre le délai s'il constate « que la demande de paiement ne comporte pas l'ensemble des pièces et des mentions » ou « que celles-ci sont erronées ou incohérentes ». Cette suspension ne peut intervenir, pour les pouvoirs adjudicateurs dotés d'un comptable public, qu'avant l'ordonnancement de la dépense.

La suspension fait l'objet d'une notification au créancier par tout moyen permettant d'attester une date certaine de réception. Cette notification précise les raisons imputables à ce dernier, qui s'opposent au paiement, ainsi que les pièces à fournir ou à compléter.

---

<sup>82</sup> L'article 12-I du CMP relatif aux mentions qui figurent obligatoirement dans les pièces constitutives du marché prévoit « la désignation du comptable assignataire ».

L'intégralité des opérations financières découlant de l'exécution de tout marché public relèvent de la compétence exclusive de ce comptable public assignataire désigné.

<sup>83</sup> Décret n°2013-269 du 29 mars 2013 relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique, JORF 31 Mars 2013.

<sup>84</sup> Ils relèvent donc du décret n°2012-1246 du 7 novembre 2012 (JORF du 10 novembre 2012) relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

<sup>85</sup> Article 4 du décret du 29 mars 2013.

À compter de la réception de la totalité de ces éléments, est ouvert un nouveau délai de trente jours ou, si celui-ci est supérieur à trente jours, égal au solde restant à courir à la date de réception de la notification de la suspension. Lorsque l'ordonnateur et le comptable public ne relèvent pas de la même personne morale et sont convenus d'un délai de règlement conventionnel dans les conditions prévues à l'article 12, ce nouveau délai ne peut être inférieur à dix jours augmentés du délai prévu pour l'intervention du comptable public dans le cadre de ce délai de règlement conventionnel.

Leur est également offerte la possibilité de préciser les modalités de leur coopération dans le cadre d'une convention établie selon le modèle annexé à un arrêté du 20 septembre 2013.

## 2. Observations

Le principe de séparation entre l'ordonnateur et le comptable public n'heurte pas en soi<sup>86</sup> le bon déroulement de l'exécution des marchés publics mais, en pratique, les entreprises peinent à obtenir leur paiement pour des questions liées soit à la coopération entre l'ordonnateur et le comptable, soit à la désignation effective du comptable et subissent ainsi des dommages. Au-delà, les établissements bancaires cessionnaires ou nantis peuvent aussi se voir privés indûment du bénéfice de leur créance pour des raisons similaires. Il est donc tout à fait nécessaire que les relations entre l'ordonnateur et le comptable public deviennent fluides et que le titulaire du marché ne soit pas lésé par des problématiques internes à l'organisation de l'Administration.

Quant aux conventionnements<sup>87</sup>, la pratique laisse dubitatif sur leur efficacité. En revanche, les futures modalités de facturations électroniques pourraient permettre davantage de transparence voire même automatiser la procédure ce qui serait une véritable avancée.

Toutes ces améliorations doivent aussi bénéficier aux sous-traitants en situation de paiement direct.

### **PROPOSITION N°19**

**Mettre en place un système électronique de facturation de la commande publique comportant des alertes pour le respect des délais et ajoutant automatiquement les pénalités de retard en faveur des entreprises.**

---

<sup>86</sup> CE, 6 novembre 2009, Société Prest'action, req.n° 297877.

<sup>87</sup> Guylain CLAMOUR, « Délais de paiement : publication du modèle de convention ordonnateur-comptable public », Contrats et Marchés publics n°12, Décembre 2013, comm. 303.

---

## PARTIE 5. ENCOURAGER LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENT DES CONFLITS

---

## 1. Etat des lieux

Le CMP fait figurer dans les textes, le recours aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou des litiges relatifs aux marchés publics<sup>88</sup> ainsi que l'arbitrage pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures<sup>89</sup>.

Par décret du 19 décembre 2012<sup>90</sup>, a été nommé un Médiateur des marchés publics, placé auprès du Ministre du redressement productif et de la Ministre chargée des petites et moyennes entreprises, de l'innovation et de l'économie numérique. Sa principale mission est de faciliter les relations entre les entreprises et les acheteurs publics, par le biais d'actions de médiations individuelles ou collectives, afin de régler les litiges pouvant survenir lors de l'exécution d'une commande publique.

## 2. Observations

La médiation est un mode de règlement des conflits au même titre que les comités consultatifs ou l'arbitrage. Elle a de plus l'intérêt d'être gratuite, ce qui peut faciliter d'autant son accès aux PME et TPE. Dès lors, il serait vivement souhaitable qu'elle figure parmi les dispositifs recensés dans le CMP.

### PROPOSITION N°20

**Introduire dans le CMP un article relatif au Médiateur des marchés publics parmi les dispositions relatives au règlement des litiges.**

---

<sup>88</sup> Article 127 du CMP.

<sup>89</sup> Article 128 du CMP. Notons que cela constitue une exception à l'interdiction générale interdisant aux personnes publiques de recourir à l'arbitrage (CE, Section des travaux publics, 6 mars 1986, n°339.710).

<sup>90</sup> Décret du 19 décembre 2012 portant nomination du médiateur des marchés publics - M. BLACHIER (Jean-Lou), JORF du 21 décembre 2012, p. 20237.

**Directeur de la publication** : Pierre TROUILLET  
CCI Paris Ile-de-France  
27 avenue de Friedland - 75 382 Paris cedex 08  
Rapports consultables ou téléchargeables sur le site :  
[www.cci-paris-idf.fr](http://www.cci-paris-idf.fr)  
Dépôt légal : Mars 2014  
ISSN : 0995-4457 – Gratuit

