



## Anticipation des litiges : marché bien rédigé, marché bien exécuté

### A propos de l'auteur

M. Jean-Baptiste Ferriere

[Voir les articles de cet auteur](#)

**Imprécisions des stipulations contractuelles, erreurs de rédaction des pièces, travaux supplémentaires, pénalités de retard, mauvaise exécution des clauses... Comment les acheteurs publics peuvent-ils anticiper au mieux les litiges probables susceptibles de survenir avec les opérateurs économiques durant l'exécution d'un marché ? En amont, en se penchant sur tous les risques probables au moment de la rédaction du contrat proprement dit. Les enjeux sont importants puisque le règlement d'un différend devant les tribunaux administratifs peut s'échelonner sur plusieurs années et s'avérer onéreux.**

Anticiper. Le maître-mot pour ne pas devoir résoudre au prétoire un litige avec un fournisseur, perdre du temps et de l'argent. Le secret ? Bien rédiger en amont le cahier des charges. S'il n'existe pas de risque zéro, force est de constater qu'un marché bien rédigé aboutit généralement à un marché bien exécuté.

Ainsi, un donneur d'ordre émettra une réclamation en vue de se plaindre notamment pour les retards de livraison de son fournisseur, d'une malfaçon dans la construction d'un immeuble, d'une dérive budgétaire, etc. Avocate associée au cabinet Alma Monceau, Ana Gonzalez rappelle que les principales sources de litiges sont liées à une imprécision ou à une inadéquation des stipulations contractuelles. Ce qui renvoie à l'impératif de définition des besoins mentionné par l'article 30 de l'ordonnance du 23 juillet 2015.

« Dans la pratique, les contentieux en matière de travaux naissent le plus souvent de litiges relatifs aux travaux supplémentaires et donc indirectement aux prix forfaitaires, aux pénalités de retard... S'agissant des fournitures et services, les contentieux sont très variés mais souvent relatifs à l'exécution technique et financière du marché, à l'application des pénalités, à la mauvaise exécution des clauses contractuelles », explique l'avocat au barreau de Paris. Selon cette spécialiste du droit des contrats et marchés publics, il ressort des litiges quotidiens entre pouvoirs adjudicateurs et titulaires de marchés que les imprécisions ou erreurs de rédaction des pièces entraînent mécaniquement des contentieux : « Là où il y a de la place pour l'interprétation, chaque partie essaie de faire valoir ses intérêts, précise Ana Gonzalez. Pour pallier ces problèmes d'exécution, les points de vigilance s'agissant de la rédaction des pièces sont les suivants : la définition des besoins qui donne de la visibilité aux opérateurs et de la clarté dans l'exécution, le contrôle efficace des offres anormalement basses si la prestation n'est pas au juste prix, l'adéquation de la forme du prix (forfaitaire/unitaire), les clauses de pénalités, la durée du marché... »



**Dans la pratique, les contentieux en matière de travaux naissent le plus souvent de litiges relatifs aux travaux supplémentaires et donc indirectement aux prix forfaitaires, aux pénalités de retard...**

### L'avenant, outil de pacification

D'autres précautions peuvent aussi être mises en place au niveau du suivi des marchés, prévient l'avocat : « Les outils de suivi et d'exécution, surtout en marchés de travaux, l'identification d'interlocuteurs permanents pour suivre l'exécution du marché côté pouvoir adjudicateur et côté entreprise, une vigilance accrue dans l'agrément des sous-traitants, la mise en place de clauses de rendez-vous... » Les clauses incitatives seraient d'ailleurs plus judicieuses que les pénalités. Un outil juridique dont il faut s'emparer, selon les objectifs de performances visés par l'acheteur public. Par exemple, une clause de révision des prix calibrée au marché en question. En outre, les avenants sont-ils une solution pour éteindre les litiges d'exécution avec le titulaire ? Aujourd'hui dénommés « modifications du marché public », les avenants sont généralement le signe d'un oubli ou d'une carence dans la rédaction des pièces initiales. « L'avenant vient en quelque sorte corriger l'erreur originelle, observe Ana Gonzalez. La plus fréquemment invoquée est celle du prix ou du volume des prestations. En ce sens, un avenant peut être un outil correcteur et pacificateur de l'exécution. Mais son utilisation est très encadrée par l'article 139 du décret relatif aux marchés publics. La fixation des seuils de modifications est de 10 % pour les services et fournitures, 15 % pour les travaux ». Ce dispositif doit donc se manier avec précaution.

**Un avenant peut être un outil correcteur et pacificateur de l'exécution**

### La facturation électronique pour éviter les retards de paiement

Les retards de paiement sont, hélas, très courants et peuvent être dévastateurs pour certains opérateurs, notamment les PME. Du côté des pouvoirs adjudicateurs, ces retards de paiement ont plusieurs causes comme le souligne Ana Gonzalez : « Le plus souvent, il s'agit de contraintes administratives dans la chaîne des décisions qui s'imposent au donneur d'ordre : validation interne de la facture et du service fait, mise en paiement, contrôles divers... Parfois, en cas de contestation d'une partie de la facture présentée, l'ensemble des factures ou des règlements en attente sont suspendus par l'administration. La facturation électronique



doit permettre d'éviter que les factures ne soient égarées. Mais le chemin est encore long... » Enfin, autre piste : l'utilité pour le donneur d'ordre de se fonder sur l'expertise d'une centrale d'achats. Pour Ana Gonzalez, ce serait même un moyen de gagner en professionnalisme : « La centrale d'achats est un outil qui permet au pouvoir adjudicateur de commander, le plus souvent, des fournitures et des services auprès d'une structure elle-même pouvoir adjudicateur. Sans la mettre en concurrence, dans la mesure où cette centrale d'achats a elle-même appliqué l'ordonnance du 23 juillet 2015 pour ses achats (article 26). En ce sens, il peut être profitable pour un acheteur de s'adosser à une structure dont la vocation est l'achat et qui pourra mettre à sa disposition des cahiers des charges performants et éprouvés ». Un moyen donc de limiter les problèmes d'exécution dans la mesure où le contrat est a priori bien rédigé. « Ceci dit, l'acheteur est souvent en charge de l'exécution directe de son marché, conclut l'avocat. Il s'agit ainsi d'une très bonne formule, à condition de s'assurer que la centrale d'achats est bien un pouvoir adjudicateur, sans

quoi l'acheteur s'expose à violer les règles de mise en concurrence qui lui sont applicables ».