

STRATÉGIE DE DÉVELOPPEMENT DES USAGES PÉDAGOGIQUES

PÉDAGOGIE ACTIVE
ET APPORTS DU NUMÉRIQUE

Séance 6
L'exécution
des marchés



QUAND LES TALENTS
GRANDISSENT,
LES COLLECTIVITÉS
PROGRESSENT

1 - Fiche « résumé » (format pdf / 2 pages maximum)

CNFPT- septembre 2016

MOOC : Les fondamentaux des marchés publics

**Séquence 6 : L'exécution du marché
Synthèse**

Une fois que le marché public est attribué à une entreprise qui devient alors le titulaire du marché, le contrôle de l'exécution du marché se met en place. **Cette exécution est basée sur le suivi du respect des clauses du marché** (qualité demandée, délai d'exécution des travaux, délai de livraison des fournitures, nombre de personnels mis à disposition, respect des horaires d'interventions, des règles de sécurité, acomptes, avances, paiement contre service fait, facturation, délai de paiement, déclaration de sous-traitant...) ainsi que d'éventuelles modifications de ces clauses.

Cette exécution du marché est à réaliser de manière transversale car dans une collectivité territoriale, plusieurs acteurs différents vont intervenir lors de cette exécution : le service opérationnel suivant « techniquement » le marché public, le service marché public, le service financier. Ces acteurs travaillent ensemble.

Comme la définition préalable des besoins, le suivi de l'exécution du marché garantit la bonne réussite de l'achat. En cas de difficultés dans l'exécution du marché, un bon suivi permet à la collectivité de rester acteur et de pallier ces difficultés.

L'exécution du marché par le service opérationnel et le service marché public

La sous-traitance

Le recours par l'entrepreneur à d'autres entreprises pour exécuter certaines prestations, qu'il ne peut ou qu'il ne veut assurer lui-même, favorise l'accès à la commande publique des entreprises spécialisées et des petites et moyennes entreprises. La sous-traitance concerne les marchés publics de travaux ou de services ainsi que les marchés publics de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation dans le cadre de ce marché. Le choix de sous-traiter peut être opéré par l'entreprise au moment de sa candidature ou en cours d'exécution du marché. La sous-traitance ne peut pas être totale. Les acheteurs peuvent exiger que certaines tâches essentielles du marché public soient effectuées directement par le titulaire. L'acceptation du sous-traitant doit être prononcée avant l'exécution des travaux. Le silence de l'acheteur gardé pendant 21 jours vaut acceptation du sous-traitant. Il n'y a pas de relation contractuelle entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant. Seul le titulaire du marché est tenu par l'obligation contractuelle : il est responsable de l'ensemble des prestations exécutées au titre du marché, par lui-même et par les sous-traitants. Enfin, le sous-traitant de premier rang a droit au paiement direct, si le montant de sa créance est d'au moins 600 euros TTC.

La modification des contrats en cours d'exécution

L'avenant est l'acte par lequel les parties à un contrat modifient ou complètent une ou plusieurs de ses clauses. Cette modification ne peut pas avoir pour but de remplacer le

contrat initial par un autre contrat, soit parce que son économie en serait bouleversée, soit parce que son objet ne serait plus le même. La modification résultant d'un avenant peut porter sur tous les engagements des parties au contrat : prestations à exécuter, calendrier d'exécution, règlement financier du marché...

Le marché public peut être modifié dans certains cas. Exemples : lorsque les modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux ; lorsque les modifications ne changent la nature globale du marché ; lorsque le montant de la modification est inférieur aux seuils européens et à 10% du montant du marché initial pour les marchés publics de services et de fournitures ou à 15% pour les marchés publics de travaux, etc.

A l'inverse, la modification d'un marché public peut être considérée comme substantielle et ne peut donc pas être effectuée par avenant. Exemple : lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission d'autres opérateurs économiques que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue.

Les sanctions en cas de difficultés d'exécution du marché

Les sanctions financières – les pénalités (double finalité : réparatrices et dissuasives) Les pénalités sont des sommes forfaitaires dues par l'une des parties lorsqu'une obligation contractuelle n'est pas respectée. Les pénalités doivent être rattachées soit à l'exécution globale du marché, soit à l'exécution d'une partie du marché. L'application des pénalités de retard est un droit contractuel de l'administration, auquel elle peut renoncer : lorsque le titulaire du marché est une TPE ou une PME, la mise en œuvre des pénalités peut avoir de lourdes conséquences financières. La jurisprudence invite l'acheteur à faire une application raisonnée des pénalités de retard.

Les sanctions non-pécuniaires : La résiliation du marché et l'interdiction de soumissionner pour un prochain marché public.

Les clauses incitatives

Des clauses incitatives peuvent être insérées dans les marchés, **aux fins d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations ou de réduire les coûts de production.**

L'exécution financière du marché

L'obligation de respecter un délai de paiement par le pouvoir adjudicateur

Le délai maximum de paiement des collectivités territoriales et de leurs établissements publics est de 30 jours. Le retard de paiement donne droit à des intérêts moratoires et à une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement. Tarder à régler à une entreprise ce qui lui est dû met en danger celle-ci, notamment s'il s'agit d'une petite ou moyenne entreprise. Ce retard est aussi extrêmement coûteux pour l'acheteur public.

Les avances et les acomptes

L'octroi des **avances** a pour objet de faciliter l'exécution des marchés et d'assurer l'égalité d'accès aux marchés entre les entreprises qui disposent d'une trésorerie suffisante pour démarrer l'exécution des prestations et celles qui n'en disposent pas. Cette pratique peut être utile, notamment en période de difficultés économiques, pour aider les entreprises à exécuter le marché dans de bonnes conditions.

A la différence des avances, les **acomptes** sont versés pour des prestations effectuées en cours d'exécution du marché : l'acompte rémunère un service fait.

La retenue de garantie – la garantie à première demande – la caution personnelle et solidaire

Ces garanties protègent la collectivité territoriale. Elles sont destinées à couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services.

La cession et le nantissement des créances

Ces procédés permettent à une entreprise débitrice de garantir une dette (grâce à son contrat) auprès d'un créancier soit en gardant la possession (nantissement) soit en la cédant dès le départ (cession).

Comment prévenir et régler, à l'amiable, un différend portant sur l'exécution des marchés publics ?
--

Prévenir les litiges

Pour prévenir l'apparition de litige, comme dans toute relation, il est intéressant de privilégier le dialogue et l'échange. En effet, rien n'empêche de se rencontrer lorsque « tout va bien », avant l'installation de conflits. Hormis certaines circonstances, chaque partie a intérêt à ce que la prestation se réalise dans les meilleures conditions. L'idée est d'appliquer au suivi global du marché public et quel que soit son type (travaux, services, fournitures), le principe des réunions de chantier.

Le règlement amiable des différends

La plupart des différends en cours d'exécution du marché sont réglés selon les procédures prévues par le cahier des charges. La persistance de différends importants ne doit pas conduire à une saisine systématique du juge. Plusieurs modes de règlement amiable sont à la disposition des acheteurs publics : Le médiateur des entreprises et les comités de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics.

2 - Fiche de contenu détaillé (format pdf)

CNFPT- septembre 2016

MOOC : Les fondamentaux des marchés publics

Séquence 6 : L'exécution du marché

Support de cours détaillé

Ce support de cours détaillé a été notamment réalisé à partir du « Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics 2014 » de la Direction des Affaires Juridiques de Bercy (Ministère de l'Economie) <http://www.economie.gouv.fr/daj/conseil-acheteurs-guides>, de l'ordonnance 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et du décret 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.

Il s'agit d'un complément à la séquence vidéo n°6 « l'exécution du marché » du MOOC sur les fondamentaux des marchés publics.

Une fois que le marché public est attribué à une entreprise qui devient alors le titulaire du marché, le contrôle de l'exécution du marché se met en place. **Cette exécution est basée sur le suivi du respect des clauses du marché** (qualité demandée, délai d'exécution des travaux, délai de livraison des fournitures, nombre de personnels mis à disposition, respect des horaires d'interventions, des règles de sécurité, acomptes, avances, paiement contre service fait, facturation, délai de paiement, déclaration de sous-traitant...) ainsi que d'éventuelles modifications de ces clauses.

Cette exécution du marché est à réaliser de manière transversale car dans une collectivité territoriale, **plusieurs acteurs différents vont intervenir lors de cette exécution** : le service opérationnel suivant « techniquement » le marché public, le service marché public, le service financier. Ces acteurs travaillent ensemble.

Par exemple, un service financier ne paiera le titulaire que si la certification du service fait lui est donnée par le service opérationnel en charge du suivi du marché [la qualité de la prestation technique et le respect des clauses techniques du cahier des charges sont assurés par le service opérationnel] Un service marché public rédigera un avenant car le service opérationnel l'aura averti de la nécessité de prestations supplémentaire. Les éventuels montants avec minimum et maximum d'un accord-cadre devront être transmis au service financier pour paramétrer le logiciel comptable, etc.

Comme la définition préalable des besoins, le suivi de l'exécution du marché garantit la bonne réussite de l'achat. En cas de difficultés dans l'exécution du marché, un bon suivi permet à la collectivité de rester acteur et de pallier ces difficultés.

1. L'exécution du marché par le service opérationnel et le service marché public

1.1. La sous-traitance

Le recours par l'entrepreneur à d'autres entreprises pour exécuter certaines prestations, qu'il ne peut ou qu'il ne veut assurer lui-même, favorise l'accès à la commande publique des entreprises spécialisées et des petites et moyennes entreprises. Les conditions dans lesquelles l'entrepreneur peut faire appel à un ou plusieurs sous-traitants, leur acceptation et l'agrément de leurs conditions de paiement, ainsi que les modalités de règlement de leurs prestations sont issues de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 modifiée relative à la sous-traitance et détaillés dans l'ordonnance de juillet 2015 et le décret de mars 2016 relatifs aux marchés publics.

Il importe de rappeler que :

- **La sous-traitance concerne** les marchés publics de travaux ou de services ainsi que les marchés publics de fournitures comportant des services ou des travaux de pose ou d'installation dans le cadre de ce marché ;
- **Le choix de sous-traiter peut être opéré par l'opérateur économique au moment de sa candidature ou en cours d'exécution du marché** ; Lorsque le montant des prestations sous-traitées semble anormalement bas, l'acheteur exige que l'opérateur économique lui fournisse des précisions et justifications sur le montant de ces prestations.
- **La sous-traitance ne peut pas être totale**;
- Depuis l'ordonnance de 2016, **les acheteurs peuvent exiger que certaines tâches essentielles du marché public soient effectuées directement par le titulaire** ;
- **l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement doivent être prononcés avant l'exécution des travaux rémunérés par le paiement** ; le **silence de l'acheteur gardé pendant 21 jours** à compter de la réception des documents de demande de sous-traitance vaut acceptation du sous-traitant et agrément des conditions de paiement.
- il n'y a pas de relation contractuelle entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant. Seul le **titulaire du marché est tenu par l'obligation contractuelle** : il est responsable de l'ensemble des prestations exécutées au titre du marché, par lui-même et par les sous-traitants. Il en résulte que les actes spéciaux de sous-traitance ne comportent pas nécessairement toutes les mentions du contrat de sous-traitance (ou « sous-traité »), qui relèvent de la relation de droit privé entre le titulaire du marché et son sous-traitant.
- Le sous-traitant de premier rang **a droit au paiement direct**, si les conditions d'acceptation et d'agrément sont satisfaites et que le montant de sa créance est d'au moins 600 euros TTC.

1.2. La modification des contrats en cours d'exécution

L'avenant est l'acte par lequel les parties à un contrat modifient ou complètent une ou plusieurs de ses clauses. **Cette modification ne peut avoir, ni pour objet, ni pour effet de substituer au contrat initial un autre contrat, soit parce que son économie en serait bouleversée, soit parce que son objet ne serait plus le même.** La modification résultant d'un avenant peut porter sur tous les engagements des parties au contrat : prestations à exécuter, calendrier d'exécution ou règlement financier du marché.

Le marché public peut être modifié dans les cas suivants :

- Lorsque les **modifications ont été prévues dans les documents contractuels initiaux** sous la forme de clauses de réexamen, dont des clauses de variation du prix ou d'options claires, précises et sans équivoque.
- Lorsque des travaux, fournitures, ou services supplémentaires **ne figurant pas dans les documents initiaux, sont devenus nécessaires et qu'un changement de titulaire est** : impossible pour des raisons techniques ou économiques ET présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation certaine des coûts pour l'acheteur. Augmentation n'allant pas au-delà de 50% du montant initial.
- Lorsque la modification est rendue **nécessaire par des circonstances que l'acheteur ne pouvait pas prévoir.**
- Lorsqu'un **nouveau titulaire remplace le titulaire initial du marché public dans l'un des cas suivants** : en application d'une clause de réexamen ou d'une option, dans le cas d'une cession du marché public, à la suite d'une opération de restructuration de société (sous conditions).
- Lorsque **les modifications, quel qu'en soit leur montant, ne sont pas substantielles** (elles ne changent la nature globale du marché).
- Lorsque le **montant de la modification est inférieur aux seuils européens** publiés au Journal officiel de la République française et à **10% du montant** du marché initial pour les marchés publics de **services et de fournitures** ou à **15% pour les marchés publics de travaux.**

A l'inverse, la modification d'un marché public en cours de validité doit être considérée comme substantielle et ne peut donc pas être effectuée par avenant :

- Lorsqu'elle introduit **des conditions** qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis **l'admission d'autres opérateurs économiques** que ceux initialement admis ou auraient **permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue** ;
- Lorsqu'elle **étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus** ;
- Lorsqu'elle change **l'équilibre économique du contrat en faveur du titulaire du marché**, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial.
- En cas de **changement de co-contractant (sauf exceptions vues ci-dessus).**

Tout projet d'avenant à un marché d'une collectivité territoriale, d'un établissement public local autre qu'un établissement public de santé et un établissement public social et médico-social **entraînant une augmentation du montant global du marché supérieure à 5 % doit être soumis pour avis à la commission d'appel d'offres lorsque le marché initial avait été lui-même soumis à la commission d'appel d'offres.** L'assemblée délibérante qui statue le cas échéant est préalablement informée de cet avis.

1.3. Les sanctions en cas de difficulté d'exécution du marché

1.3.1. Les sanctions financières – les pénalités :

Les pénalités sont des sommes forfaitaires dues par l'une des parties lorsque une obligation contractuelle n'est pas respectée.

En pratique, elles sont presque toujours stipulées au profit de l'administration et **sanctionnent des retards dans l'exécution des prestations**, mais elles peuvent **être prévues pour sanctionner d'autres obligations auxquelles l'administration attache une importance particulière**. Par exemple : communication du contrat de sous-traitance demandée par la personne publique ; remise des projets de décomptes ; déplacement d'un commercial pour aide à l'identification d'un produit dans les marchés de fournitures ; transmission des historiques dématérialisés d'une gestion informatisée...

Elles ne sont **pas prévues par la loi ni par le règlement**. Elles sont purement **contractuelles** : prévues dans le marché initial ou par avenant ultérieur.

Les pénalités **doivent être expressément rattachées soit à l'exécution globale du marché, soit à l'exécution d'une partie du marché** (la clause doit être rédigée avec précision). Si la personne publique veut sanctionner un retard partiel, une clause spéciale doit le prévoir.

Elles sont forfaitaires et ne sont pas subordonnées à la réalité d'un préjudice : le simple constat de l'inexécution suffit à entraîner automatiquement le paiement de la pénalité intégrale, telle que prévue au contrat.

Cette inexécution d'une obligation doit être totalement ou partiellement imputable à l'entreprise titulaire du marché, à l'un de ses sous-traitants ou au cotraitant solidaire. En cas d'inexécution "partiellement imputable" à l'un de ces intervenants, il y aura seulement application partielle des pénalités, au prorata des responsabilités de chacun.

Les **pénalités ont une double finalité : réparatrice et dissuasive**.

Cependant, **l'acheteur public doit aussi prendre en considération que s'il contractualise de nombreuses pénalités, avec des montants élevés, les entreprises risquent de lui faire des offres supérieures au tarif du marché**. En effet, dans ses propositions de prix, l'entreprise va prendre en compte l'application éventuelle des pénalités.

L'application des pénalités de retard est un droit contractuel de l'administration, auquel elle peut renoncer. Ce principe trouve particulièrement à s'appliquer lorsque le titulaire du marché est une **TPE ou une PME, pour laquelle la mise en œuvre des pénalités peut avoir de lourdes conséquences financières**. La renonciation peut être unilatérale (par décision motivée de l'autorité compétente) ou contractuelle.

La jurisprudence **invite, désormais, l'acheteur à faire une application raisonnée des pénalités de retard**. **Le juge administratif s'est, en effet, reconnu le pouvoir de moduler leur montant**, « si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché », rejoignant, ainsi, la position du juge judiciaire.

1.3.2. Les sanctions non-pécuniaires

- **La résiliation du marché** : Voir partie 1.5 page 5 et le renvoi sur fiche DAJ « la résiliation unilatérale par l'administration des marchés publics et des contrats de concession ».

- **L'interdiction de soumissionner pour un prochain marché public**. Art 48 de l'ordonnance de 2015 « Les acheteurs peuvent exclure de la procédure de passation du marché public : 1. Les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et

intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de concession antérieur ou d'un marché public antérieur... »

1.4. Clauses incitatives – Le versement de primes de réalisation anticipée

Des clauses incitatives peuvent être insérées dans les marchés, **aux fins d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations ou de réduire les coûts de production.**

Si l'objet du marché le nécessite, il est recommandé aux acheteurs publics de mettre en place de telles primes, souvent plus efficaces que des pénalités de retard.

1.5. La résiliation du marché

Voir la fiche de la Direction des Affaires Juridiques de Bercy :

http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/execution-marches/resiliation-2016.pdf

2. L'exécution financière du marché

Seul le comptable public du pouvoir adjudicateur est compétent pour payer les prestations d'un marché public. Néanmoins, il est nécessaire que le pouvoir adjudicateur assure un suivi précis et rigoureux de l'exécution des marchés afin d'éviter, notamment, toute dérive financière.

2.1. L'obligation pour le pouvoir adjudicateur de respecter un délai de paiement

Le délai maximum de paiement de l'État, de ses établissements publics administratifs, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics **est de 30 jours. Les 30 jours sont un délai global comprenant le mandatement fait par l'ordonnateur** (traité par le service comptabilité d'une commune par exemple) **et le paiement fait par le comptable public** (la Trésorerie).

Il est recommandé aux acheteurs publics de préciser dans leurs marchés le délai de paiement sur lequel ils s'engagent. **Les acheteurs publics sont encouragés à mener une politique de paiement dynamique** s'engageant contractuellement à respecter des délais plus courts que le délai réglementaire. Toute clause stipulant un délai supérieur au délai réglementaire serait nulle.

Le retard de paiement fait courir, de plein droit et sans autre formalité, **des intérêts moratoires à compter du jour suivant l'expiration du délai de paiement ou l'échéance prévue au contrat.** Il donne également lieu, dans les mêmes conditions, au versement d'une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement d'un montant de 40 euros. Lorsque les frais de recouvrement exposés sont supérieurs au montant de cette indemnité forfaitaire, le créancier peut demander une indemnisation complémentaire, sur justification (ex : note d'honoraires d'un avocat, facture d'une entreprise de recouvrement).

Le taux des intérêts moratoires est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à ses opérations principales de refinancement les plus récentes, majoré de 8 points de pourcentage.

Les intérêts moratoires et l'indemnité forfaitaire sont dus de plein droit, sans formalité de la part du créancier (le titulaire du marché), dès lors que le délai maximum de paiement est

dépassé ou que l'échéance prévue au contrat n'est pas respectée. Ils doivent être payés dans un délai de 45 jours suivant la mise en paiement du principal. Le dépassement de ce délai peut donner lieu au versement d'intérêts au taux de l'intérêt légal, dans les conditions de l'article 1153 du code civil.

Tarder à régler à une entreprise ce qui lui est dû met en danger celle-ci, notamment s'il s'agit d'une petite ou moyenne entreprise. **Ce retard est aussi extrêmement coûteux pour l'acheteur public**, en raison du montant très élevé des intérêts moratoires, mais également en raison de l'indemnité forfaitaire due pour tout retard de paiement

2.2. Le paiement direct du sous-traitant

A partir de 600 euros TTC, **le sous-traitant doit être payé directement.** Toute renonciation au paiement direct est réputée non écrite. Sont nuls et sans effet, quels qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui auraient pour effet de faire échec aux dispositions de la loi.

Les **sous-traitants peuvent être réglés rapidement, grâce à la simplification de la procédure de paiement.** Ils doivent adresser leur demande de paiement au titulaire du marché, ainsi qu'au pouvoir adjudicateur ou à la personne désignée par lui dans le marché. Le titulaire dispose d'un délai de 15 jours, pour donner son accord ou notifier son refus au sous-traitant, ainsi qu'au pouvoir adjudicateur ou à la personne désignée par lui dans le marché. Le délai de paiement du sous-traitant bénéficiant du paiement direct est identique à celui applicable au titulaire. Ce délai court à compter de la réception par le pouvoir adjudicateur de l'accord, total ou partiel, du titulaire sur le paiement demandé, ou de l'expiration du délai de 15 jours si, pendant ce délai, le titulaire n'a notifié aucun accord ni aucun refus, ou encore de la réception par le pouvoir adjudicateur de l'avis postal.

2.3. Les avances

Pourquoi ?

L'octroi des avances a pour objet de faciliter l'exécution des marchés et d'assurer l'égalité d'accès aux marchés entre les entreprises qui disposent d'une trésorerie suffisante pour démarrer l'exécution des prestations et celles qui n'en disposent pas. Tel est le cas, notamment, des petites et moyennes entreprises et de la majorité des associations qui œuvrent dans des secteurs économiques. Cette pratique peut être utile, **notamment en période de difficultés économiques, pour aider les entreprises à exécuter le marché dans de bonnes conditions.**

L'avance constitue un droit pour les entreprises, qui peuvent toutefois y renoncer. Ce renoncement ne doit cependant pas résulter de pressions que le pouvoir adjudicateur exercerait sur ses fournisseurs.

Comment ?

Une avance est accordée au titulaire d'un marché public lorsque le montant initial du marché public ou de la tranche affermée est supérieur à 50 000 euros HT et dans la mesure où le délai d'exécution est supérieur à deux mois.

Cette avance est calculée sur la base du montant du marché public diminué, le cas échéant, du montant des prestations confiées à des sous-traitants et donnant lieu à paiement direct.

Dans le cas d'un accord-cadre exécuté au moyen de bons de commande et comportant un montant **minimum supérieur à 50 000 euros HT**, l'avance est accordée en une seule fois sur la base de ce montant minimum.

Dans le cas d'un accord-cadre exécuté au moyen de bons de commande et ne comportant pas de minimum fixé en valeur, l'avance est accordée pour chaque bon de commande d'un montant supérieur à 50 000 euros HT et d'une durée d'exécution supérieure à deux mois.

Dans le cas d'un accord-cadre exécuté au moyen de bons de commande, comportant un montant minimum supérieur à 50 000 euros HT et **passé par un groupement de commande ou une unité opérationnelle** distincte et lorsque chaque organisme ou service procède lui-même au paiement des prestations qu'il a commandées, le marché public peut prévoir que le régime de l'avance est celui qui relève des dispositions applicables aux accords-cadres à bons de commande ne comportant pas de minimum fixé en valeur.

Le montant de l'avance est fixé, sous réserve de certaines dispositions :

- A 5 % du montant initial, toutes taxes comprises, du marché public ou de la tranche affermie si leur durée est inférieure ou égale à douze mois. Si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance est égale à 5 % d'une somme égale à douze fois le montant mentionné ci-dessus divisé par cette durée exprimée en mois ;
- Dans le cas d'un accord-cadre à bons de commande comportant un montant minimum supérieur à 50 000 euros HT, à 5 % du montant minimum si la durée de l'accord-cadre est inférieure ou égale à douze mois. Si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance est égale à 5 % d'une somme égale à douze fois le montant minimum divisé par la durée de l'accord-cadre exprimée en mois ;
- Dans le cas d'un accord-cadre à bons de commande ne comportant pas de minimum fixé en valeur, pour chaque bon de commande d'un montant supérieur à 50 000 euros HT et d'une durée d'exécution supérieure à deux mois, à 5 % du montant du bon de commande si la durée prévue pour l'exécution de celui-ci est inférieure ou égale à douze mois. Si cette durée est supérieure à douze mois, l'avance est égale à 5 % d'une somme égale à douze fois le montant du bon de commande divisé par la durée prévue pour l'exécution de celui-ci exprimée en mois.

Le montant de l'avance ne peut être affecté par la mise en œuvre d'une clause de variation de prix.

Le marché public peut prévoir que l'avance versée au titulaire dépasse les 5 % mentionnés. En tout état de cause, **l'avance ne peut excéder 30 % des montants mentionnés précédemment.**

L'avance **peut toutefois être portée à un maximum de 60 % des montants mentionnés ci-dessus**, sous réserve que le titulaire constitue une garantie à première demande.

Le taux et les conditions de versement de l'avance sont fixés par le marché public. Ils ne peuvent être modifiés en cours d'exécution du marché public

Les modalités et le rythme de remboursement de l'avance sont prévus au marché. Le remboursement de l'avance doit être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par l'entreprise qui en a bénéficié atteint 80 % du montant TTC des prestations qui lui sont confiées.

2.4. Les acomptes

A la différence des avances, les acomptes sont versés pour des prestations effectuées en cours d'exécution du marché : l'acompte rémunère un service fait. Le versement d'acomptes est un droit ; ils sont versés même en cas de silence du marché.

L'acheteur doit vérifier que la prestation a été effectuée. Cette vérification est constatée par un document écrit qu'il établit lui-même ou vérifie et déclare accepter. La périodicité de versement des acomptes est de 3 mois maximum ; dans certains cas, elle peut être ramenée à 1 mois. Le dernier acompte ne doit pas être confondu avec le solde, qui, pour les marchés de travaux, ne peut être déterminé que lors de l'établissement du décompte général.

2.5. L'encadrement des garanties financières exigées des titulaires de marchés publics

2.5.1. La retenue de garantie

Les marchés publics peuvent prévoir s'il y a lieu, à la charge du titulaire, une retenue de garantie dont le montant ne peut être supérieur à 5 % du montant initial du marché augmenté, le cas échéant, du montant des avenants. La retenue de garantie est prélevée par fractions sur chacun des versements, hormis lorsque ces versements présentent le caractère d'une avance, dont la base de calcul est différente.

Cette retenue de garantie est destinée à couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services. A défaut de la formulation de telles réserves dans le délai de garantie, **cette retenue de garantie doit être remboursée 30 jours, au plus tard, après l'expiration du délai de garantie.** Il serait, en effet, inadmissible de retarder le paiement du titulaire du marché sans justification.

Toutefois, si des réserves ont été notifiées au créancier pendant le délai de garantie et si elles n'ont pas été levées avant l'expiration de ce délai, la retenue de garantie est remboursée dans un délai de 30 jours après la date de leur levée. En cas de retard de remboursement, des intérêts moratoires et une indemnité forfaitaire pour frais de recouvrement d'un montant de 40 euros sont versés.

Le titulaire peut, pendant toute la durée du marché, substituer à la retenue de garantie une garantie à première demande ou, si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, une caution personnelle et solidaire.

Cette possibilité de substitution **doit permettre aux entreprises une plus grande marge de manœuvre pour gérer leur marché.** Ainsi, un titulaire de marché peut, par exemple, à la réception des travaux, fournir une caution « papier », valable jusqu'à la fin du délai de garantie, et récupérer la retenue de garantie.

2.5.2. La garantie à première demande et la caution personnelle et solidaire

La garantie à première demande est l'acte par lequel un bénéficiaire (l'administration) est susceptible d'exiger le paiement d'une somme d'argent déterminée auprès d'un organisme garant, et ce dès la première demande. Le garant est généralement un établissement bancaire. Le garant n'a pas la possibilité de soulever d'exception, d'objection ou de contestation relative à l'exécution de l'obligation garantie. A la différence de la caution, le garant ne s'engage pas à payer l'intégralité de la dette du titulaire du marché.

La caution est une « personne qui s'engage envers le créancier, à titre de garantie, à remplir l'obligation du débiteur principal, pour le cas où celui-ci n'y aurait pas lui-même satisfait ».

La garantie à première demande ou la caution personnelle et solidaire, ainsi que la retenue de garantie, sont calculées sur le montant total du marché, y compris les avenants.

Le montant de cette garantie à première demande ou de cette caution personnelle et solidaire ne peut être supérieur au montant de la retenue de garantie, si celle-ci était appliquée. 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. Lorsque les conditions prévues sont réunies, la libération des garanties, quel que soit le régime de garantie retenu, procède de la décision du seul ordonnateur et non du comptable public.

2.6. La cession et le nantissement de créances

Le titulaire du marché et tout sous-traitant qui bénéficie du paiement direct **peuvent céder ou nantir à des établissements de crédit ou à une autre entreprise leur créance.**

Le nantissement permet à un débiteur de garantir par une convention une dette auprès d'un créancier, personne morale ou physique, **en lui cédant en garantie un bien meuble incorporel** (corporel = système du gage et non du nantissement), un fonds ou une valeur, dont il est propriétaire. **A l'inverse de la cession, le nantissement est sans dépossession, c'est-à-dire que le débiteur conserve la possession et l'usage du bien nanti.** Si à l'échéance, le débiteur ne paye pas son créancier, celui-ci peut obtenir la vente du bien pour être payé sur le prix ou en acquérir la propriété.

Comment ?

A cette fin de nantissement ou de cession, le pouvoir adjudicateur remet au titulaire et à tout sous-traitant payé directement, à leur demande, soit **une copie de l'original du marché, de l'avenant ou de l'acte spécial de sous-traitance** indiquant que cette pièce est délivrée **en unique exemplaire, soit un certificat de cessibilité conforme à un modèle défini par arrêté du ministre chargé de l'économie.** Le titulaire du marché remet cet exemplaire unique ou ce certificat de cessibilité à son cessionnaire (ou au bénéficiaire du nantissement). Ce dernier notifie la cession au comptable assignataire de l'organisme public contractant et lui fait parvenir l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité.

Le dispositif de l'exemplaire unique (certificat de cessibilité) empêche que la même créance soit cédée plusieurs fois ou qu'une entreprise cède la créance d'une autre. Il importe donc tout particulièrement, pour que ce dispositif fonctionne bien, **que le pouvoir adjudicateur opère un suivi de chaque exemplaire unique ou certificat de cessibilité délivré au titre du marché,** lorsque la part respective des entreprises (titulaire, sous-traitants) est modifiée en cours de contrat.

Si le marché est exécuté par un groupement d'entreprises, la délivrance de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité obéit à des règles différentes selon le type de groupement.

Dans le **cas d'un groupement conjoint,** il convient de délivrer à chacune des entreprises concernées un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité limité au montant des prestations qui lui sont confiées.

Dans le **cas d'un groupement solidaire,** si les prestations effectuées par les entreprises composant le groupement ne sont pas individualisées, il convient de délivrer l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité au nom du groupement. Si, en revanche, les prestations sont individualisées, un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité est délivré à chaque entreprise, pour la part des prestations qu'elle exécute.

Dans le **cas d'un accord-cadre à bons de commande ou d'un marché fractionné**, il est délivré, au gré du titulaire, soit un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité du marché, soit un exemplaire unique ou un certificat de cessibilité de chaque bon de commande ou de chaque tranche.

3. Comment prévenir et régler, à l'amiable, un différend portant sur l'exécution des marchés publics ?

3.1. Prévenir les litiges

3.1.1. Instituer des rendez-vous de travail avec son prestataire.

Pour prévenir l'apparition de litige, comme dans toute relation, il est intéressant de privilégier le dialogue et l'échange.

En effet, **rien n'empêche de se rencontrer lorsque « tout va bien », avant l'installation de conflits**. Hormis certaines circonstances, chaque partie a intérêt à ce que la prestation se réalise dans les meilleures conditions.

Ainsi, suivant les marchés et les nécessités, **on peut instituer des réunions périodiques**. A chacun de ces points seront présentes les personnes chargées du suivi « sur le terrain » du marché de la collectivité et de l'entreprise, puis au gré des besoins et/ou des thématiques peuvent être adjoints : les représentants des services marchés publics de l'entreprise et de la collectivité, les comptables etc. Cela permet à chacun de comprendre les contraintes de l'autre et de désamorcer des situations parfois complexes qui pourraient entraîner des litiges.

L'idée est d'appliquer au suivi global du marché public et quel que soit son type (travaux, services, fournitures) le principe des réunions de chantier.

3.1.2 Le recours à « l'interlocuteur unique »

Il peut être prévu, pour toutes les catégories de marchés, une clause stipulant que le pouvoir adjudicateur désigne, dès notification 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.

Ce représentant du pouvoir adjudicateur, qui constitue l'interlocuteur unique du titulaire du marché, peut avoir un rôle de médiation, afin de résoudre les difficultés qui pourraient apparaître, lors de l'exécution du marché.

3.2. Le règlement amiable des différends

La plupart des différends en cours d'exécution du marché sont réglés selon les procédures prévues par le cahier des charges. **La persistance de différends importants ne doit pas conduire à une saisine systématique du juge**. Plusieurs modes de règlement amiable sont à la disposition des acheteurs publics.

3.2.1. Le médiateur des entreprises

Le décret du 14 janvier 2016 a institué le médiateur des entreprises, auquel sont confiées les missions autrefois dévolues à la médiation inter-entreprises et à la médiation des marchés publics.

Le **médiateur des entreprises s'adresse à tous les acteurs économiques**, tant publics que privés. Il les **aide à résoudre leurs différends lorsqu'ils rencontrent des difficultés contractuelles ou relationnelles**. Il encourage l'adoption et la diffusion de bonnes pratiques dans les relations commerciales entre partenaires privés ou entre acteurs publics et privés. Il peut être sollicité par toute entreprise ou tout donneur d'ordre en cas de problème rencontré lors de la procédure de passation ou en cours d'exécution d'un marché public, notamment en cas de retard de paiement.

3.2.2. Les comités de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics.

Ce sont des organismes consultatifs de conciliation, qui peuvent être saisis de tout différend ou litige survenu au cours de l'exécution d'un marché public. Composés de façon paritaire et présidés par un magistrat administratif, le comité national et les sept comités locaux (Paris, Versailles, Nantes, Bordeaux, Lyon, Nancy et Marseille) ne constituent ni des juridictions, ni des instances d'arbitrage. Ils recherchent, à la demande du titulaire du marché ou de l'acheteur public, les éléments de fait et de droit en vue d'une solution amiable et équitable.

L'originalité du rôle des comités est qu'ils ne statuent pas seulement en droit. Ils peuvent prendre en compte l'équité, pour proposer la solution la plus appropriée aux parties. Les avis rendus par les comités ne s'imposent pas aux parties : celles-ci demeurent libres de le suivre ou non. La saisine d'un comité interrompt le cours des différentes prescriptions et suspend les délais de recours contentieux. Les règles relatives à la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des CCRA sont fixées par le décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010263.

4. Entreprises en difficulté pendant l'exécution d'un marché public

Voir fiche de la Direction des Affaires Juridiques de Bercy

http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/execution-marches/entreprises-en-difficulte-pdt-execution-mp-2016.pdf