



www.cnrs.fr

Les risques fournisseurs dans les marchés publics : Aspects juridiques

Ecole IN2P3 13 octobre 2010/DDA/B.MOAL

PLAN



P. 02

- Introduction
- Première partie : Typologie des marchés concernés selon les seuils de compétence
 - I : Les marchés à procédure adaptée
 - II : Les marchés formalisés
 - III : Les projets scientifiques nationaux
- Deuxième partie : l'organisation juridique des fournisseurs
 - I : Co-traitance
 - II : Sous-traitance

PLAN



P. 03

- **Troisième partie : Difficultés d'exécution**
 - I : Les retards d'exécution
 - II : Produits défectueux ou prestations de mauvaise qualité
 - III : Abandon de secteurs de marchés/restructurations
 - IV : Les marchés à l'international
 - V : Le protocole transactionnel
 - VI : Résiliation, exécution aux frais et risques



P. 04

PLAN

- **Quatrième partie : Les défaillances structurelles**
 - I : Plan de sauvegarde, redressement judiciaire, liquidation judiciaire
 - II : Cessions de marchés par voie de justice
 - III : Récupération de créances
- **Cinquième partie : Recommandations**

Introduction



P. 05

Cette présentation n'a pas pour ambition de répondre à l'ensemble des cas concrets résultants de difficultés rencontrées par les laboratoires dans leurs relations avec leurs fournisseurs.

Chaque cas a ses spécificités. Il est souvent la manifestation d'un ensemble de problèmes fortement imbriqués.

Introduction



P. 06

N'hésitez pas à contacter dans un premier temps, le bureau des marchés de votre délégation régionale, laquelle dispose du soutien de la DDA pour les affaires complexes

Dans un deuxième temps, c'est à la Direction des affaires juridiques de prendre en charge les dossiers pouvant conduire à une action du CNRS devant les tribunaux

C'est à la DDA qu'il revient de filtrer les dossiers « marchés » susceptibles d'être traités par la DAJ



P. 07

Première partie :

Typologie des marchés concernés selon les
seuils de compétence

I. Les marchés à procédure adaptée



P. 08

Petit rappel :

Les marchés à procédure adaptée sont passés par les laboratoires pour leurs besoins scientifiques dans le cadre de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et ses décrets d'application ainsi que de l'instruction DFI 09088 :

- Dans la limite du montant d'engagement des crédits accordé par les délégués régionaux à chaque Personne Responsable des Marchés en tant qu'ordonnateur (variable selon les laboratoires mais limité à 125 000 € HT maximum)
- Dans la limite des seuils de procédure des marchés formalisés :
125 000 € HT

I. Les marchés à procédure adaptée



P. 09

Les procédures relatives à ces marchés sont moins contraignantes que pour les procédures formalisées :

- Il existe au CNRS une **obligation** de procéder à **une mise en concurrence** à partir de 20 000 € HT
- Le choix du support publicitaire est libre mais PUMA est fortement recommandé

I. Les marchés à procédure adaptée



P. 010

- Les Marchés à procédure adaptée peuvent se présenter selon différentes formes (simple bon de commande + offre du titulaire, marché type, Puma avec cahier des charges + offre, paiement par carte achat jusqu'à 2000 €TTC...). **Il n'existe donc pas de forme particulière préconisée par la DDA.**
- Lorsque le montant est élevé ou le marché complexe, il y a nécessité de border les prestations par un contrat élaboré nécessitant des clauses spécifiques. Cela permet de diminuer fortement les éventuelles difficultés qui pourraient être rencontrées avec les fournisseurs

II. Les marchés formalisés



P. 011

Les procédures formalisées, pour les achats supérieurs à 125 000 € HT sont passées par les DR de rattachement, sauf pour les remise en compétition (RECA) relevant de l'accord-cadre relatif à l'instrumentation scientifique

Dans ce dernier cas, la DR cosigne le marché passé par le laboratoire. Le montant des marchés subséquents est souvent supérieur au seuil de 125 000 € HT. Il se situe entre 80 000 € HT et plusieurs millions d'euros

II. Les marchés formalisés



P. 012

Les procédures formalisées répondent à un certain nombre d'obligations réglementaires :

- Obligation d'une publicité au journal officiel de l'Union européenne et de respecter certains délais
- Obligation d'un écrit précisant les conditions d'exécution des prestations ou de livraisons des fournitures. Les termes du marchés conditionnent les futurs rapports entre le CNRS et son fournisseurs
- Les marchés formalisés peuvent donner lieu au paiement d'une avance ou d'acomptes. Les modalités de paiement doivent donc être fixées en prenant compte la possibilité d'une faillite du titulaire

III. Les projets scientifiques nationaux



P. 013

Les marchés de l'IN2P3 d'un montant supérieur à 125 000 € (hors RECA) et qui sont considérés comme relevant de la catégorie des projets scientifiques nationaux, sont passés par la DDA et signé par le directeur Délégué aux achats :

- Ce sont des marchés d'envergure (très grosse instrumentation scientifique, marchés passés suite à un *consortium agreement*), ou qui sont passés au profit de plusieurs laboratoires
- En cas de difficultés rencontrés avec les titulaires, le responsable opérationnel est aidé directement par la DDA
- A noter que les marchés supérieurs à 2 millions d'euros (hors RECA) doivent passer en commission permanente des achats dont la DDA assure le secrétariat



P. 014

Deuxième partie :

L'organisation juridique des fournisseurs



P. 015

Les candidats à des marchés publics sont libres de se structurer comme ils le souhaitent en vue de répondre à l'administration.

- Ils peuvent se présenter seuls
- Avec des co-traitants
- Avec des sous-traitants

L'organisation juridique des candidats peut influencer la résolution des difficultés rencontrées par le CNRS dans l'exécution des marchés

I. La Co-traitance



P. 016

La co-traitance dans les marchés publics est le fait pour plusieurs entreprises de se grouper momentanément pour répondre à un appel d'offres. On trouve généralement de la co-traitance pour les marchés formalisés.

Elle peut prendre deux formes :

- Le groupement conjoint : dans ce cas, chacun des membres est uniquement responsable des prestations qui lui sont confiées
- Le groupement solidaire : il rend chacun des membres du groupement, engagé financièrement pour la totalité du marché

I. La Co-traitance



P. 017

La PRM peut imposer lorsque les entreprises se présentent en groupement, qu'une des deux formes de groupements soit utilisée. Cette obligation doit figurer dans l'avis de publicité

Le groupement solidaire permet au CNRS de se retourner contre les autres co-traitants lorsqu'un membre du groupement est défaillant notamment en cas de liquidation judiciaire

I. La Co-traitance



P. 018

Il faut néanmoins que le marché se prête à la constitution de ce genre de groupement, ce qui est rarement le cas lorsque les co-traitants disposent chacun d'une grande spécialisation dans un domaine technique particulier

La cotraitance est rarement matérialisée dans les marchés à procédure adaptée. On la retrouve plutôt dans les marchés formalisés

II. La Sous-traitance



P. 019

La sous-traitance est beaucoup plus courante que la co-traitance. Elle consiste pour un titulaire de marché à faire réaliser une partie des prestations, généralement celles qu'il ne peut pas réaliser en propre, par un sous-traitant

Le titulaire du marché reste juridiquement pour le CNRS le seul responsable de l'exécution du marché (même si le sous-traitant peut prétendre au paiement direct (au-dessus de 600 HT))

En cas de défaillance d'un sous-traitant, le titulaire du marché devra faire en sorte de remplir ses obligations en proposant au CNRS, le cas échéant un autre sous-traitant



P. 020

Troisième partie :

Difficultés d'exécution



P. 021

I. Les retards d'exécution

Le retard est une manifestation assez courante des dysfonctionnements constatés dans les marchés publics.

- En premier lieu un retard ne peut être déterminé que si un élément de la publicité ou du marché fait référence à une date de livraison ou de réalisation
- Un retard ne peut être sanctionné que si une clause du marché prévoit des pénalités de retard
- Une simple référence à l'application d'un cahier des clauses administratives générales peut permettre l'application de pénalités



P. 022

I. Les retards d'exécution

Par défaut, les conditions générales d'achat du CNRS prévoient de fortes pénalités en cas de retard

Par principe les conditions générales d'achat prévalent sur les clauses générales de vente du titulaire du marché

Il est possible de faire prévaloir les clauses du titulaire dans les marchés à procédure adaptée ou dans les marchés négociés à condition de rédiger une clause le spécifiant (mais ce n'est pas conseillé)

Il est recommandé de préserver des pénalités suffisantes afin d'éviter un trop grand retard dans la livraison



P. 023

I. Les retards d'exécution

Un retard de livraison jugé inacceptable par la PRM peut donner lieu à la résiliation du marché de plein droit aux torts du titulaire voire aux frais de celui-ci

L'application des pénalités pousse parfois le titulaire à être plus réactif, il est donc recommandé de les mettre en œuvre

Il est à noter que la PRM a normalement l'obligation d'appliquer les pénalités. Sa non application peut conduire à l'application du délit d'octroi d'un avantage injustifié (favoritisme)

Néanmoins, un retard qui est le fait du service acheteur est un motif suffisant pour ne pas appliquer les pénalités



P. 024

I. Les retards d'exécution

D'un point de vue pratique, les pénalités font l'objet d'une décision d'application signée de la PRM

Cette décision récapitule le retard constaté par rapport à la date théorique de livraison ou de fin de la prestation ainsi que le mode de calcul de la pénalité

Le titulaire dispose en principe de 15 jours pour contester la pénalité et apporter des explications

Un fait imprévisible et exceptionnel peut éventuellement décharger le titulaire de l'application des pénalités (catastrophe naturelle, attentat...)



P. 025

I. Les retards d'exécution

D'un point de vue comptable, les pénalités doivent en théorie faire l'objet de l'émission d'un titre de recette. En raison du principe comptable de non compensation d'une dépense par une recette (décret de 1962 sur la comptabilité publique)

Dans la pratique elles sont appliquées par précompte sur la facture suivante dans le cas où le paiement est échelonné

II. Produits défectueux ou prestations de mauvaise qualité



P. 026

Dans le cas d'une livraison par le titulaire d'un produit non conforme au cahier des charges :

- Constats de défauts ou de non-conformités pendant la phase d'admission. Plusieurs cas sont possibles :
 - Le produit est non conforme mais il est possible pour le titulaire d'apporter les corrections nécessaires pour en rendre l'usage conforme au cahier des charge. La PRM prend une décision *d'ajournement* et applique les pénalités de retard jusqu'à ce que le produit soit admis. La réfection est prévue par les CCAG

II. Produits défectueux ou prestations de mauvaise qualité



P. 027

- Le produit est non conforme dans son intégralité et impropre à l'utilisation. La PRM une décision *de rejet*, laquelle peut conduire à une résiliation du marché aux torts du titulaire

Cas intermédiaire :

- Le produit ou le service est partiellement non conforme mais pas suffisamment pour conditionner un rejet. La PRM admet le produit avec réserves et prend une décision de *réfaction*. La réfaction est une réduction du prix initial qui s'exprime en pourcentage et qui est proportionnelle aux défauts constatés, au regard du cahier des charges

II. Produits défectueux ou prestations de mauvaise qualité



P. 028

- Constats de défectuosités ou de non-conformités après la phase d'admission :
 - La PRM peut faire jouer les garanties conventionnelles associées au marché. En l'absence de clause si le CCAG est visé par le marché, la garantie minimum est d'un an
 - La PRM a aussi la possibilité d'agir en justice pour dénoncer les vices cachés et demander réparation du préjudice subi (application des articles 1641 à 1648 du code civil) (CE 24 novembre 2008 CHR Annecy)

III. Abandon de secteurs de marchés/restructurations



P. 029

- Cession d'un marché

Il arrive en cours d'exécution qu'un titulaire de marché souhaite réorienter son activité ou se restructurer

Il peut procéder à une cession du marché. Néanmoins la cession doit être validée par la PRM sous la forme d'un avenant de transfert

L'ancien titulaire reste responsable pour les prestations qu'il a réalisées, sauf mention contraire du contrat de cession qui le lie au nouveau titulaire

III. Abandon de secteurs de marchés/restructurations



P. 030

La cession ne permet pas à la PRM ou au nouveau titulaire de modifier les conditions d'exécution substantielles du marché

- Refus de cession par la PRM

Par principe on ne peut pas insérer de clauses interdisant toute cession du marché

En cas de refus de cession par la PRM, l'ancien titulaire est tenu d'exécuter le marché. S'il ne le fait pas, la PRM peut résilier le marché à ses torts voire à ses frais.

Il est nécessaire néanmoins pour la PRM de motiver son refus. L'insuffisance de garanties professionnelles ou financière du cessionnaire peut être un motif valable. Un refus injustifié peut entraîner la responsabilité de l'Administration

III. Abandon de secteurs de marchés/restructurations



P. 031

- Point particulier le nantissement de créance

Le nantissement de créance correspond uniquement à une cession de la partie financière du marché. Le titulaire cède à une banque ou une autre société la créance rattachée au marché

Mais le titulaire conserve la responsabilité du marché.

Le paiement sera effectué au profit du cédant. Les éventuelles pénalités sont appliquées au titulaire du marché par titre de recette

IV. Les marchés à l'international



P. 032

- La passation de marchés publics à l'international est parfois délicate et source de difficultés
 - La négociation est difficile car le partenaire ne veut pas appliquer certaines clauses notamment les pénalités
 - Le partenaire menace parfois de ne pas livrer le produit en cas de désaccord

Les tribunaux français sont compétents mais il est difficile de faire appliquer une décision de justice à l'étranger, surtout si le titulaire n'a pas de succursale en France

La marge de manœuvre est très faible. Il est recommandé néanmoins de maintenir les pénalités

V. Le protocole transactionnel



P. 033

- En cas de désaccord persistant, il est toujours possible de procéder à la rédaction d'un protocole transactionnel. Il s'agit d'un accord amiable visant à formaliser une solution de sortie de crise

(Circulaire du ministre de l'économie, du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique)

- La transaction doit faire l'objet de concessions réciproques (exemple : réduction de la marge bénéficiaire du titulaire d'au moins 5%)

V. Le protocole transactionnel



P. 034

- Il est nécessaire de passer par la direction des affaires juridiques du CNRS (DAJ) pour l'homologation de la transaction
- Ce document doit ensuite être envoyé au contrôle général (ex contrôleur financier) rattaché au ministère de tutelle
- A noter que le refus du titulaire de livrer ou d'exécuter le marché, utilisé comme moyen de pression en cas de désaccord, peut être sanctionné par la résiliation du marché aux torts de celui-ci, voire à ses frais

VI. Résiliation, exécution aux frais et risques



P. 035

La résiliation peut être utilisée pour mettre fin à un marché qui ne peut être exécuté en raison de difficultés insurmontables

La résiliation doit toujours être motivée par une faute grave du titulaire sous peine de voir l'Administration condamnée à payer des dommages et intérêts

VI. Résiliation, exécution aux frais et risques



P. 036

- La résiliation peut être « simple » : Les conséquences de la résiliation ne sont pas imputées au titulaire. L'administration passe un autre marché avec un autre fournisseur
- La résiliation peut être aux frais et risques du titulaire : Les mêmes prestations sont confiées à une autre entreprise au choix de la PRM. Le titulaire écarté supporte les conséquences financières du marché de remplacement

L'Administration doit préciser dans sa décision de résiliation, son intention de résilier aux frais et risques sous peine de voir requalifier sa décision en résiliation simple

VI. Résiliation, exécution aux frais et risques



P. 037

Il faut une faute suffisamment grave qui soit imputable au titulaire ou à ses co-contractants (ou sous-traitants)

Les excédents de dépense sont à la charge de l'ancien titulaire sauf si des économies sont réalisées au regard du marché de remplacement

La résiliation avec exécution aux frais et risques conduit souvent l'Administration devant le juge. C'est une solution très difficile à mettre en place d'un point de vue pratique

L'ancien titulaire peut contester la décision. Seul un jugement peut le contraindre à payer les excédents de dépense



P. 038

Quatrième partie :

Les défaillances structurelles

I. Plan de sauvegarde, redressement judiciaire, liquidation judiciaire



P. 039

Il existe une série de procédures destinées à éviter à une entreprise de disparaître ou à accompagner sa disparition lorsque celle-ci est inéluctable

- Plan de sauvegarde et redressement judiciaire

Il s'agit d'une procédure pouvant durer jusqu'à 10 ans et qui vise à redresser financièrement une entreprise en épurant ses dettes

Cette procédure n'est pas sans incidence sur l'exécution des marchés publics. Les plans comportent parfois des cessions partielles d'activité

I. Plan de sauvegarde, redressement judiciaire, liquidation judiciaire



P. 040

Le plan de sauvegarde est arrêté par jugement. Le juge peut proposer au créanciers des délais de paiement.

L'Administration est rarement concernée sauf cas de versement d'un trop perçu. Le dirigeant de l'entreprise peut être assisté par un administrateur judiciaire

Le redressement judiciaire est appliqué dès lors qu'il y a cessation de paiement de l'entreprise. Un administrateur est nommé par le tribunal du commerce. La procédure permet aux tiers de proposer des offres de reprise

Toute demande de l'Administration doit être faite à l'administrateur

I. Plan de sauvegarde, redressement judiciaire, liquidation judiciaire



P. 041

La liquidation judiciaire est effectuée pour mettre fin à l'activité de l'entreprise en cessation de paiement

Un liquidateur judiciaire est nommé par le juge. Il devient seul interlocuteur de l'Administration

II. Cessions de marchés par voie de justice



P. 042

Le marché n'est pas résiliable de plein droit dès lors qu'une procédure de liquidation est lancée

Le liquidateur judiciaire peut exiger la poursuite de l'exécution des marchés ou procéder à leur cession

Afin d'anticiper la liquidation définitive, la PRM doit mettre le liquidateur judiciaire en demeure de se prononcer sur la continuation de l'exécution du marché (Lettre avec AR signé de la PRM)

Après un mois de mise en demeure resté sans réponse, il est possible de résilier le marché

II. Cessions de marchés par voie de justice



P. 043

Le juge peut prolonger le délai de réponse du liquidateur à deux mois

Le liquidateur peut aussi renoncer à poursuivre le marché ce qui conduit également à une résiliation aux torts du titulaire

II. Cessions de marchés par voie de justice



P. 044

En cas de cession du marché à une autre entreprise, il est très difficile pour la PRM de refuser cette cession sauf à faire valoir l'incapacité technique du repreneur à exécuter le marché

Normalement le jugement doit faire mention de cette cession, il n'est donc pas nécessaire de rédiger un avenant de transfert pour contractualiser la cession du marché

III. Récupération de créances



P. 045

Lorsqu'une des trois procédures est ouverte, il n'est plus possible d'intenter une action contentieuse tendant à la condamnation de l'entreprise au paiement d'une somme d'argent

Il convient d'effectuer une déclaration de créance auprès du mandataire ou du liquidateur. Cette déclaration de créance permet d'être identifié comme débiteur de l'entreprise

Cette déclaration doit être effectuée dans les deux mois de la publication du jugement d'ouverture au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (<http://www.bodacc.fr/>)

III. Récupération de créances



P. 046

Seul le comptable public (comptable secondaire de la DR) est habilité à déclarer les créances de l'établissement

Seuls les paiements n'ayant pas le caractère de paiement définitif constituent des créances exigibles dans le cadre d'une liquidation judiciaire



P. 047

Cinquième partie :

Recommandations

I. Recommandations



P. 048

- Bien apprécier la candidature d'une société en redressement judiciaire et vérifier si elle offre suffisamment de garanties pour l'exécution du marché avant de signer et notifier le marché
- Eviter de prévoir de trop grosses avances
- Prévoir des tranches avec des paiements partiels définitifs ou des acomptes quand cela est possible
- Eviter de prévoir une vérification technique (VA/VSR) pendant les longues périodes de congés, s'il n'y a personne pour les effectuer
- Eviter d'acheter du matériel d'occasion s'il n'est pas assorti de garanties



P. 049

Site internet du CNRS dédié aux achats :

<http://www.dgdr.cnrs.fr/achats/default.htm>