



# L'EXÉCUTION DES MARCHÉS PUBLICS

L'exécution des marchés publics  
de travaux : pouvoirs et responsabilités  
de la collectivité, donneur d'ordre  
par Marc de Monsebernard  
et Mathieu Prats-Denoix.....174

La sous-traitance dans les marchés  
publics  
par Olivier Didriche.....178

L'exécution financière des marchés  
publics  
par Fabrice Durif .....182

Les comités consultatifs de règlement  
amiable des litiges : rôle et mission  
par Victor Haïm.....186

*Si la passation des marchés publics et son corpus juridique national et communautaire sont l'objet d'un contentieux fourni et d'une littérature qui l'est tout autant, l'exécution des marchés se caractérise, elle, par la diversité des questions soulevées, pas seulement juridiques, durant cette phase. Les collectivités sont ainsi souvent confrontées aux difficultés liées aussi bien au respect des obligations des cocontractants lors de l'exécution du marché, qu'à la mise en œuvre de la sous-traitance (acceptation du sous-traitant, modalités de paiement, etc.). Le cadre juridique de l'exécution financière des marchés a également connu une évolution substantielle ces dernières années, obligeant chaque acteur à sécuriser ses procédures internes. Enfin, le dossier de ce numéro de l'AJCT s'attarde, non sur le contentieux de l'exécution (V. not. C. Pareydt, Les enjeux pratiques du contentieux de l'exécution des marchés publics de travaux, AJCT 2012. 182) mais sur la présentation des Comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics dont la mission est la recherche d'une solution amiable et équitable.*

# L'EXÉCUTION DES MARCHÉS PUBLICS DE TRAVAUX : POUVOIRS ET RESPONSABILITÉS DE LA COLLECTIVITÉ, DONNEUR D'ORDRE

par Marc de Monsebernard et Mathieu Prats-Denoix  
Avocats, Cabinet KGA

L'exécution des marchés de travaux publics est marquée par l'importance des prérogatives dont dispose la personne publique, vis-à-vis de son cocontractant. Ces prérogatives diffèrent de celles qui peuvent exister dans les relations privées. En particulier, elles s'imposent au cocontractant, même dans le silence du contrat. Ces prérogatives que la personne publique, maître d'ouvrage, est susceptible de mettre en œuvre au cours de l'exécution du contrat lui sont conférées dans un but d'intérêt général. Dès lors qu'elle dispose de pouvoirs particuliers prévus pour préserver l'intérêt général, la personne publique est non seulement en droit de les mettre en œuvre, mais y est, en fait, largement tenue, tout en respectant toutefois les droits que détient son cocontractant à ne pas voir l'équilibre du contrat bouleversé. Toute décision de la personne publique prise lors de l'exécution du marché est susceptible d'engager sa responsabilité, que ce soit dans le cadre d'une responsabilité sans faute – c'est-à-dire lorsque l'action de la collectivité repose bien sur un motif d'intérêt général – ou dans le cadre d'une responsabilité pour faute – lorsque la collectivité a violé ses obligations contractuelles.

On distingue habituellement trois types de pouvoirs détenus par la collectivité publique : un pouvoir de direction de l'exécution du contrat, un pouvoir de contrôle de son exécution par le cocontractant et un pouvoir de résiliation qui, ensemble, manifestent l'unilatéralité des conditions d'exécution du contrat public.

## ■ Pouvoir de direction

Le maître de l'ouvrage est la personne morale pour laquelle l'ouvrage est construit. « Responsable principal de l'ouvrage, il remplit dans ce rôle une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre (...) il lui appartient, après s'être assuré de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération envisagée, d'en assurer le financement, de choisir le processus selon lequel l'ouvrage sera réalisé

et de conclure, avec les maîtres d'œuvre et entrepreneurs qu'il choisit, les contrats ayant pour objet les études et l'exécution des travaux »<sup>1</sup>.

En pratique, la collectivité, maître d'ouvrage, confie la direction des travaux à un maître d'œuvre, chargé de la réalisation du projet objet du marché. Pour les ouvrages de bâtiment, la loi du 12

juillet 1985, dite « loi MOP », prévoit une mission de base du maître d'œuvre, le maître d'ouvrage devant nécessairement conserver certaines prérogatives lui permettant de s'assurer de la qualité de l'ouvrage, du respect du programme et de procéder à la consultation des entrepreneurs et à la désignation du titulaire du contrat de travaux<sup>2</sup>.

Le pouvoir de direction du maître d'ouvrage s'exerce principalement par l'émission, soit par lui-même, soit par son maître d'œuvre, d'ordres de services, que l'article 2 du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics de travaux (CCAG travaux) définit comme « la décision du maître d'œuvre qui précise les modalités d'exécution de tout ou partie des prestations qui constituent l'objet du marché »<sup>3</sup>. Lorsque le maître d'œuvre signe un ordre de service, il engage la responsabilité du maître de l'ouvrage (par exemple, lorsque le maître d'œuvre signe un ordre de service modifiant les instructions que l'entrepreneur avait initialement reçues<sup>4</sup>).

L'ordre de service est l'instrument de direction de l'exécution du contrat par la personne publique. Les ordres de service doivent être écrits, datés, numérotés et signés. L'entrepreneur doit en accuser réception. Si le principe est celui de l'écrit, la jurisprudence admet la validité de certains ordres oraux, notamment lorsque l'entrepreneur prend acte, par écrit, d'un ordre verbal, sans que cela suscite de réaction du maître d'œuvre ou du maître d'ouvrage<sup>5</sup> ou lorsque la personne publique reconnaît elle-même avoir donné un tel ordre<sup>6</sup>. Si l'ordre de service est donné oralement, c'est sur le maître de l'ouvrage que repose la charge de la preuve que l'entrepreneur a bien reçu l'ordre.

On distingue deux types d'ordres de service : ceux qui s'inscrivent dans les prévisions du contrat et qui constituent l'exécution de celui-ci et ceux qui excèdent les prévisions du contrat : soit de manière fautive, soit pour la mise en œuvre des prérogatives que détient la personne publique en vue d'assurer l'intérêt général. Qu'il s'agisse, par exemple, de définir les conditions d'exécution d'une prestation ou d'augmenter ou de diminuer les prestations prévues,

L'exécution des marchés de travaux publics est marquée par l'importance des prérogatives dont dispose la personne publique, vis-à-vis de son cocontractant.

(1) Art. 2 de la loi n° 85-704 du 12 juill. 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite « loi MOP ».

(2) Art. 7 de la loi n° 85-704 du 12 juill. 1985, préc.

(3) Ou selon les modalités définies à l'art. 3.1 du CCAG travaux pour la notification au titulaire des décisions et informations du pouvoir adjudicateur (notification directe contre réception, échanges dématérialisés, tout moyen permettant d'attester la date et l'heure de réception de la décision ou de l'information). V. Arr. du 8 sept. 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, JO 1<sup>er</sup> oct., p. 15907.

(4) CE 17 nov. 1967, *Sté des Ateliers de construction Nicou et Cie*, req. n° 60938, Lebon 429 ; AJDA 1968. 308.

(5) CE 5 juin 1953, *Office public HLM de Seine-et-Oise*, Lebon 269.

(6) CE 20 déc. 1872, *Vidal*, Lebon 745.



l'ordre de service ne doit pas être contraire au contrat ; tout au plus, il peut relever de son interprétation. Lorsque l'ordre de service apparaît difficilement exécutable, l'entrepreneur doit adresser des réclamations à son auteur. Pour ce faire, l'article 3.8.2 du CCAG travaux prévoit que l'entrepreneur peut formuler des réserves dans un délai de quinze jours à compter de la notification de l'ordre de service. Ce délai expiré, l'entrepreneur est tenu de se conformer à l'ordre de service, même s'il a exprimé des réserves. S'il ne s'exécute pas, il encourt la résiliation du marché à ses torts. L'entrepreneur dispose d'un droit à voir cet ordre exécuté : une fois le délai de quinze jours écoulé, le maître de l'ouvrage ne peut plus rétracter l'ordre <sup>7</sup>.

Le CCAG travaux prévoit que l'entrepreneur n'est pas tenu d'exécuter un ordre de service, soit lorsque l'ordre de service ne lui a pas été notifié dans le délai fixé par le marché ou, à défaut, dans les six mois suivant la notification du marché <sup>8</sup>, soit lorsque l'ordre de service prescrit la réalisation de travaux excédant le dixième du montant contractuellement prévu au marché <sup>9</sup>. Si le contrat n'a pas prévu de telles dispositions permettant à l'entrepreneur de ne pas exécuter ses obligations contractuelles en cas de manquements du maître d'ouvrage d'exécuter les siennes, l'entrepreneur demeure tenu, *a minima*, d'exécuter ses obligations lorsqu'elles sont en rapport avec la satisfaction des besoins d'intérêt général de la collectivité publique, sous peine de se voir notifier la résiliation du contrat à ses torts <sup>10</sup>.

Le pouvoir de direction est également un pouvoir de modification unilatérale du contrat : qu'il soit ou non prévu au contrat, la collectivité publique dispose toujours du pouvoir de modifier unilatéralement le contrat, dans l'intérêt général <sup>11</sup>. La protection de l'intérêt général impose, en effet, que le maître de l'ouvrage conserve la maîtrise de l'opération de travail public. Le maître de l'ouvrage peut décider de modifier la consistance de l'ouvrage, le procédé de

fabrication, de pose, de montage, les dimensions ou l'implantation de l'ouvrage. La modification des travaux est ordonnée par l'émission d'un ordre de service, lequel doit être accompagné d'un prix provisoire, qualifié dans le CCAG travaux de « prix d'attente ». L'entrepreneur est réputé avoir accepté ce prix provisoire si, dans un délai de trente jours suivant la notification de l'ordre de service, il n'a présenté aucune observation proposant, en s'appuyant sur toutes justifications utiles, un autre prix <sup>12</sup>. Lorsque le montant des travaux supplémentaires atteint le montant prévu par le marché, l'article 118 du code des marchés publics impose toutefois la conclusion d'un avenant ou, si le marché le prévoit, l'émission d'une décision de poursuivre prise par le maître de l'ouvrage.

La modification unilatérale ne peut pas être totalement discrétionnaire et suppose, pour ne pas être fautive, un changement de circonstances. Puisqu'il repose sur un impératif d'intérêt général, le pouvoir de modification unilatérale ne permet que de modifier les clauses du contrat qui mettent en jeu les besoins de l'administration et donc, qui intéressent le service public. Les clauses qui concernent les avantages consentis au cocontractant, notamment les clauses financières, ne peuvent être modifiées unilatéralement <sup>13</sup>. Seul un avenant traduisant un accord de volonté entre les parties est susceptible de modifier la rémunération de l'entrepreneur. Le préjudice que subit l'entrepreneur du fait de la modification unilatérale du contrat doit être indemnisé par le maître d'ouvrage.

Le maître de l'ouvrage doit respecter le droit de son cocontractant à voir l'équilibre du contrat préservé. Le maître de l'ouvrage ne peut pas bouleverser l'économie générale du contrat <sup>14</sup>. Le juge apprécie la

portée de la modification du contrat par rapport à la commune intention des parties. À cet effet, et pour reprendre les termes des auteurs du *Traité des contrats administratifs*, « ce qu'il doit en réalité surtout rechercher, c'est si le changement en question n'aboutit pas à bouleverser ou à dénaturer le contrat par rapport à la conception que s'en étaient faite les parties au moment de sa conclusion » <sup>15</sup>. Lorsque le maître de l'ouvrage impose une sujétion à l'entrepreneur, le juge contrôle le bien-fondé du motif d'intérêt général à l'origine de cette sujétion, notamment par rapport à ce qui est nécessaire pour la bonne exécution de l'ouvrage <sup>16</sup>.

**Le maître de l'ouvrage doit respecter le droit de son cocontractant à voir l'équilibre du contrat préservé.**

## ■ Pouvoir de contrôle

La collectivité publique dispose toujours d'un pouvoir de contrôle de l'exécution du contrat, par son cocontractant, alors même que ce pouvoir de contrôle ne serait pas stipulé au contrat <sup>17</sup>. Le pouvoir de contrôle du maître d'ouvrage est particulièrement étendu : il peut, en cas de présomption de vices de construction, faire ordonner, par le maître d'œuvre, la démolition de l'ouvrage <sup>18</sup>. Si à l'issue de ce contrôle, aucun vice n'est décelé, l'entrepreneur sera évidemment remboursé des dépenses qu'il a dû supporter.

Mais le pouvoir de contrôle dont dispose le maître de l'ouvrage est aussi un devoir de contrôle, faisant peser sur la personne publique des responsabilités, protectrices pour l'entrepreneur. Ainsi, en cas de vices affectant un ouvrage, la personne publique qui, à aucun moment du déroulement des travaux, ne formule d'observations ni de réserves sur la façon dont les travaux sont exécutés, commet une faute lourde <sup>19</sup>. Il a également été jugé que le maître de l'ouvrage, qui disposait de services techniques importants, et qui a donné son approbation sans réserves aux plans établis par l'architecte-entrepreneur, « en négligeant d'exercer, au cours de l'exécution des travaux la surveillance qui aurait permis d'éviter les désordres dont

(7) CAA Lyon, 18 févr. 2010, *SA Planche*, req. n° 07LY01299.

(8) Art. 46-2-1 du CCAG travaux.

(9) Art. 15.2.2 du CCAG travaux.

(10) Si le droit à l'exception d'inexécution, lorsque l'obligation dont l'entrepreneur oppose l'inexécution est sans rapport avec la satisfaction des besoins d'intérêt général de la collectivité publique ou la continuité du service public, n'a pas été clairement affirmé, celui-ci n'a jamais, à notre connaissance, été infirmé ; de sorte que cette faculté devrait être ouverte à l'entrepreneur, comme elle est ouverte à l'administration. V. P. Terneyre, Plaidoyer pour l'exception d'inexécution dans les contrats administratifs, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007.

(11) CE 10 janv. 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, req. n° 94624, Lebon 5 ; CE 2 févr. 1983, *Union des transports publics*, req. n° 34027, Lebon 33.

(12) Art. 14.5 du CCAG travaux.

(13) CE 11 juill. 1941, *Hôpital-hospice de Chauny*, req. n° 60158, Lebon 129.

(14) CE 5 juin 1918, *Daux*, Lebon 536.

(15) A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. 2, LGDJ, 1984, p. 466.

(16) CE 19 févr. 1975, *Entreprises Campenon-Bernard*, req. n° 80470, Lebon 143.

(17) CE 22 févr. 1952, *Sté pour l'exploitation des procédés Ingrand*, req. n° 70901, Lebon 130.

(18) Art. 39.1 du CCAG travaux.

(19) CE 23 janv. 1981, *M. Coudert et Sté Entreprise Robinet et Fils*, req. n° 97392, Lebon 23.



s'agit (...) a commis une faute lourde de nature à engager sa responsabilité », alors même qu'en l'espèce, le cahier des charges prévoyait que la surveillance technique de l'architecte de l'administration ne déchargeait pas l'entrepreneur de sa responsabilité <sup>20</sup>.

Le pouvoir de contrôle dont dispose le maître de l'ouvrage est également un pouvoir de sanction du cocontractant. À cet effet, la collectivité, maître d'ouvrage, dispose du privilège du préalable : en cas d'inexécution de stipulations contractuelles, elle peut sanctionner directement son cocontractant <sup>21</sup>. Ce pouvoir a pour corollaire que le maître d'ouvrage ne pourra pas demander au juge de se substituer à lui afin de mettre en œuvre une sanction.

Si la collectivité, maître d'ouvrage, dispose d'un pouvoir de sanction des manquements de son cocontractant, alors même que ce pouvoir ne serait pas spécifiquement prévu au contrat, certaines sanctions, comme les pénalités de retard, ne peuvent toutefois être prononcées qu'en application de stipulations contractuelles expresses <sup>22</sup>. Mais la circonstance que le contrat prévoit l'application de pénalités de retard ne s'impose pas au maître de l'ouvrage qui dispose de la liberté discrétionnaire de les appliquer <sup>23</sup>.

**Le juge contrôle que le motif justifiant la résiliation est bien un motif d'intérêt général, sans pour autant apprécier la pertinence du motif invoqué.**

Les sanctions – les pénalités de retard en sont l'exemple le plus topique – ont un caractère forfaitaire. Elles n'ont pas pour objet la réparation d'un préjudice. L'entrepreneur ne peut donc pas, dans l'optique de se soustraire aux

sanctions, alléguer l'absence de preuve du préjudice <sup>24</sup> et le maître d'ouvrage ne peut pas plus, pour augmenter son gain, se prévaloir d'un préjudice supérieur au montant des pénalités prévues <sup>25</sup>.

La collectivité, maître d'ouvrage, peut, en cas de faute grave de l'entrepreneur – lorsque, par exemple, celui-ci refuse d'exécuter un ordre de service, d'effectuer des travaux de remise en état ou de finition ou s'il décide d'arrêter l'exécution du marché – procéder à la mise en régie du contrat ou à sa résiliation unilatérale <sup>26</sup>. En cas de mise en régie, les relations contractuelles se poursuivent mais le maître d'ouvrage confie la poursuite de l'exécution des travaux à un tiers (ou les poursuit lui-même), aux frais de l'entrepreneur défaillant <sup>27</sup>.

Avant de prendre une décision de mise en régie ou de résiliation, le maître de l'ouvrage est tenu de notifier précisément ses manquements à l'entrepreneur et de lui indiquer les mesures qu'il est invité à accomplir, en le mettant en demeure de se conformer à ses obligations <sup>28</sup>. L'article 48-1 du CCAG travaux prévoit que cette mise en demeure ne peut être inférieure à quinze jours. L'indication des manquements est essentielle car c'est cela qui permettra au juge, en cas de contentieux, d'exercer un contrôle de proportionnalité de la sanction qui viendrait à être adoptée par la suite.

Si le maître de l'ouvrage prononce la résiliation du contrat, aux torts de l'entrepreneur, le maître de l'ouvrage peut réclamer la réparation du préjudice que lui cause cette résiliation, qui est au moins égal à la différence entre le montant du marché résilié et le montant du marché passé avec un tiers pour l'exécution de la prestation <sup>29</sup>. Le maître de l'ouvrage doit néanmoins régler à son cocontractant les travaux qui ont été exécutés.

### ■ Pouvoir de résilier unilatéralement le contrat, pour motif d'intérêt général

La collectivité publique, maître d'ouvrage, dispose toujours du pouvoir de résilier unilatéralement le contrat, pour un motif d'intérêt général <sup>30</sup>. À cet effet, le maître d'ouvrage dispose d'un pouvoir

d'autant plus étendu que le contrôle du juge « se limite à la constatation de l'existence d'un tel motif et ne s'étend pas à l'appréciation de sa valeur » <sup>31</sup>. En d'autres termes, le juge contrôle que le motif justifiant la résiliation est bien un motif d'intérêt général, sans pour autant apprécier la pertinence du motif invoqué, par exemple en contrôlant l'utilité au service public, de l'ouvrage à construire. Traditionnellement, un motif purement financier, justifié notamment par l'insuffisance de crédits budgétaires n'est pas un motif d'intérêt général susceptible de permettre la résiliation du contrat <sup>32</sup>.

En cas de résiliation unilatérale du marché, pour motif d'intérêt général, l'entrepreneur a droit à la réparation de l'intégralité de son préjudice, y compris de son manque à gagner <sup>33</sup>. L'article 46.4 du CCAG travaux prévoit que, sauf dispositions particulières plus favorables, le titulaire a droit à une indemnité de résiliation de 5 % du montant initial hors taxes du marché, diminué du montant hors taxes non révisé des prestations déjà effectuées.

### ■ Limites à l'unilatéralité des conditions d'exécution du contrat : les droits du cocontractant

Les pouvoirs exorbitants dont dispose la collectivité, maître d'ouvrage, sur l'exécution du contrat, connaissent néanmoins deux limites : ils doivent être strictement circonscrits, soit aux stipulations du contrat, soit à un motif d'intérêt général et se traduisent par un devoir d'indemniser le cocontractant du préjudice que la décision administrative lui cause. Le pouvoir de modification du contrat est contraint. Une modification excessive, c'est-à-dire un ordre du maître de l'ouvrage qui modifierait l'objet même du marché ou en bouleverserait son économie engage la responsabilité du maître de l'ouvrage, alors même que le contrat envisagerait un droit à modification, sans indemnités <sup>34</sup>.

(20) CE 22 juin 1962, *Ministre des postes et télécommunications*, req. n° 54905, Lebon 222.

(21) CE 21 mai 1982, *SARL « Sté protection intégrale du bâtiment »*, req. n° 20414, Lebon 183.

(22) CAA Nancy, 4 oct. 1994, *Keller*, req. n° 93NC00799, Lebon 1039.

(23) CE 15 mars 1999, *Jarnarc*, req. n° 190720, RDI 1999. 401, obs. F. Llorens.

(24) CE 4 juin 1976, *Sté Toulousaine Immobilière*, req. n° 85342, Lebon 33.

(25) CE 15 mai 1987, *Hôpital rural de Breil-sur-Roya*, req. n° 41974, RD publ. 1988. 1427.

(26) CE 30 sept. 1983, *Comexp*, req. n° 26611.

(27) Art. 48.2 et 48.3 du CCAG travaux.

(28) CE 9 nov. 1988, *Cne de Freistroff*, req. n° 69450.

(29) CE 15 janv. 1986, *Sté l'Habitat moderne*, req. n° 37321.

(30) CE 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Lebon 246.

(31) A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *op. cit.*, p. 667.

(32) CE 13 mai 1992, *Cne d'Ivry-sur-Seine*, req. n° 101578, Lebon ; AJDA 1992. 532 ; *ibid.* 480, chron. C. Maugué et R. Schwartz ; RTD civ. 1993. 113, obs. J. Mestre.

(33) CE 15 avr. 1959, *Ville de Puteaux*, req. n° 35200, Lebon 236.

(34) CE 29 nov. 1872, *Artigues*, req. n° 44728, Lebon 676.



Lorsque la modification unilatérale est motivée par l'intérêt général, l'article 15.3 du CCAG travaux ouvre à l'entrepreneur un droit à indemnisation lorsque la personne publique impose d'augmenter le montant des travaux de plus de 5 % du montant contractuel, pour les marchés à prix forfaitaire ou de plus de 25 % du montant contractuel, pour les marchés à prix unitaire. L'article 16 du CCAG travaux ouvre à l'entrepreneur un droit à indemnisation lorsque la personne publique impose une diminution du montant des travaux de plus de 5 % du montant contractuel pour les marchés à prix forfaitaire ou de plus de 20 % du montant contractuel, pour les marchés à prix unitaire.

En cas d'augmentation excessive du montant des travaux (le CCAG travaux prévoit une augmentation de plus de 10 % du montant contractuellement prévu), l'entrepreneur peut refuser d'exécuter un ordre de service. Dans le cas où le maître de l'ouvrage prescrirait une diminution considérable des prestations du marché, notamment par la suppression de certains ouvrages, modifiant ainsi l'objet du marché, l'entrepreneur aurait droit à une indemnité couvrant l'intégralité de son préjudice, y compris le manque à gagner sur les travaux qu'il n'a pas exécutés et, le cas échéant, son préjudice commercial<sup>35</sup>. Lorsque le maître d'ouvrage n'a pas notifié l'ordre de service de commencer les travaux dans les six mois suivant la notification du marché ou, lorsque qu'il a ajourné les travaux, sur une période cumulée de plus d'un an, l'entrepreneur est en droit d'obtenir la résiliation du marché, avec indemnités<sup>36</sup>.

Notons que le maître de l'ouvrage est toujours tenu de rémunérer les travaux effectués par l'entrepreneur, même en l'absence d'ordre de service, lorsque ceux-ci sont indispensables à la bonne exécution de l'ouvrage, dans les règles de l'art<sup>37</sup>.

(35) CE 20 janv. 1978, *Centre hospitalier de Lisieux*, req. n° 99183.

(36) Art. 46.2.1 et 49.1.2 du CCAG travaux.

(37) CE 26 oct. 1988, *Sté Etanco*, req. n° 58253.

(38) CE 21 mars 2011, *Cne de Béziers*, req. n° 304806, Lebon avec les concl. ; AJDA 2011. 591 ; *ibid.* 670, chron. A. Lallet ; D. 2011. 954, obs. M.-C. de Montecler ; RDI 2011. 270, obs. S. Braconnier ; AJCT 2011. 291, obs. J.-D. Dreyfus ; RFDA 2011. 507, concl. E. Cortot-Boucher ; *ibid.* 518, note D. Pouyaud.

(39) M. de Monsebernard, *Contentieux des marchés publics*, Rép. contentieux administratif, à paraître.

## ■ Contrôle du juge de l'exécution du contrat

Le juge exerce un contrôle limité sur l'exécution du contrat. Traditionnellement, le juge du contrat est incompetent pour annuler une mesure d'exécution du contrat, celui-ci ne pouvant que se prononcer sur l'indemnisation dont la mesure contestée doit, le cas échéant, être assortie.

L'arrêt du Conseil d'État du 21 mars 2011 dit *Commune de Béziers II* est toutefois venu mettre fin à la *diminutio capitis* du juge du contrat<sup>38</sup>. Désormais, saisi par le cocontractant de l'administration d'une mesure de résiliation unilatérale du contrat, le juge du contrat peut non seulement octroyer une indemnité au cocontractant mais encore ordonner la reprise des relations contractuelles. Le juge du contrat apprécie, « eu égard à la gravité des vices constatés et, le cas échéant, à celle des manquements du requérant à ses obligations contractuelles, ainsi qu'aux motifs de la résiliation, si une telle reprise n'est pas de nature à porter une atteinte excessive à l'intérêt général et, eu égard à la nature du contrat en cause, aux droits du titulaire d'un nouveau contrat dont la conclusion aurait été rendue nécessaire par la résiliation litigieuse ».

Cette solution est strictement circonscrite aux mesures de résiliation. Sauf à remettre en cause le pouvoir de direction de la personne publique, dans l'exécution du contrat, il semble improbable de soumettre, à l'avenir, au contentieux, les mesures d'exécution courantes du contrat, tels les ordres de service. En revanche, les mesures de modification unilatérale pourraient, selon une partie de la doctrine, devenir justiciables d'un recours tendant au rétablissement des conditions initiales du contrat, notamment lorsque son économie générale s'en trouve bouleversée<sup>39</sup>. Mais pour que le contrôle du juge du contrat puisse conduire au rétablissement des conditions initiales du contrat et non seulement à l'indemnisation du cocontractant, ce rétablissement doit pouvoir être possible sans porter atteinte à l'intérêt général. Compte tenu des délais de jugement, seul un référé-suspension permettrait de sauvegarder les droits que les justiciables tirent de la jurisprudence *Commune de Béziers II*. Encore faut-il que le juge des référés n'accorde pas trop restrictivement la suspension des décisions attaquées. Des conditions dans lesquelles sont appliqués et, le cas échéant, étendus les principes qui ont inspiré la jurisprudence *Commune de Béziers II*, pourra peut-être découler un relatif rééquilibrage des relations entre le maître d'ouvrage et son cocontractant.

**Le maître de l'ouvrage est toujours tenu de rémunérer les travaux effectués par l'entrepreneur, même en l'absence d'ordre de service, lorsque ceux-ci sont indispensables à la bonne exécution de l'ouvrage, dans les règles de l'art.**

