



LES FICHES ACHAT

La procédure de règlement amiable des différends prévue par les CCAG

Objectifs de la fiche : faire le point sur les outils de règlement non contentieux des différends

Préambule

Une circulaire du Premier ministre du 6 février 1995, relative au développement de la transaction pour le règlement amiable des conflits, avait rappelé les avantages offerts par cette solution en termes de rapidité, de coût et d'allègement de la charge des tribunaux.

La transaction peut notamment trouver à s'appliquer pour régler les litiges liés à l'exécution des contrats (marchés publics, délégations de service public et autres contrats administratifs), sources fréquentes de contentieux qui peuvent porter sur des situations difficiles à trancher, avec des enjeux importants, et où une éventuelle annulation complique le règlement des prestations.

Pourtant, un rapport public du Conseil d'Etat réalisé en 2008 a pointé la réticence des administrations à y recourir, du fait d'une méconnaissance de ce mode de règlement des litiges, et de craintes injustifiées des conséquences.

Le rapport pointait également une prudence extrême de certains comptables, qui exigeaient, à tort, une homologation par le juge bien que la DGFIP en ait rappelé le caractère infondé. Aussi, une nouvelle circulaire du Ministère de l'Economie et des Finances, en date du 7 septembre 2009, s'est attachée à rappeler les règles qui régissent la conclusion et l'exécution des transactions en matière de contrats de la commande publique.

A – Ce que disent les nouveaux CCAG

Le recours aux procédures de règlement amiable des conflits est désormais privilégié (les parties peuvent opter pour la voie contentieuse), et procède de leur volonté commune de couper à un contentieux long, coûteux et à l'issue aléatoire. Dans ce cas, si le marché se réfère à un des cahiers des clauses administratives générales (CCAG), il leur suffira de se reporter aux modalités prévues.

A – 1 : Un encouragement dans les CCAG à privilégier la voie du règlement amiable

Pour encourager les parties à régler à l'amiable les litiges survenant en cours d'exécution des marchés, les nouveaux CCAG publiés le 1^{er} avril 2021 rappellent l'ensemble des modes alternatifs de règlement des différends et incite les parties à y avoir recours.

Le CCAG « fournitures courantes et services » rappelle en effet, par son article 46.1, que « *L'acheteur et le titulaire s'efforceront de régler à l'amiable tout différend éventuel relatif à l'interprétation des stipulations du marché ou à l'exécution des prestations objet du marché.* »

Les CCAG « prestations intellectuelles » (article 43), « travaux » (article 55) et « techniques de l'information et de la communication » (article 55) prévoient des dispositions identiques : ainsi, le

recours à un mode de règlement amiable est non seulement encouragé, mais est même posé comme le mode prioritaire de règlement des litiges.

Le nouveau CCAG « Maîtrise d'œuvre » (article 35) prévoit les mêmes dispositions.

Afin de sécuriser les différents moyens d'action du titulaire en cas de litige, les CCAG (hors CCAG Travaux) précisent, en cohérence avec la jurisprudence administrative récente :

- la définition du différend, dont l'apparition constitue le point de départ du délai imparti au titulaire pour présenter à l'acheteur son mémoire en réclamation, sous peine de forclusion (articles 43.1 du CCAG-PI, 54.1 du CCAG-TIC, 35.1 du CCAG-MOE, 46.1 du CCAG-FCS, 49.1 du CCAG-MI) ;
- ce que doit contenir le mémoire en réclamation rédigé par le titulaire, afin de garantir qu'un éventuel recours juridictionnel formé ultérieurement par ce dernier soit recevable (articles 43.2 du CCAG-PI, 54.2 du CCAG-TIC, 55.1.1 du CCAG-Travaux, 35.2 du CCAG-MOE, 46.2 du CCAG-FCS, 49.2 du CCAG-MI).

Tous les CCAG prévoient que lorsque l'acheteur et le titulaire ne parviennent pas à régler le différend, ils privilégient le recours à un comité consultatif de règlement à l'amiable, à la conciliation, à la médiation, notamment auprès du médiateur des entreprises, ou à l'arbitrage, dans les hypothèses et les conditions prévues par le code de la commande publique.

Le nouveau CCAG « Maîtrise d'œuvre » prévoit les mêmes dispositions lorsque le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre ne parviennent pas à régler le différend.

La présente fiche ne traite que du recours au comité consultatif de règlement à l'amiable et au médiateur.

A – 2 : Le recours aux comités de règlement amiable des différends

Ainsi, en cas de différend concernant l'exécution des marchés publics, les parties peuvent recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends relatifs aux marchés publics.

Selon l'article R2197-1 du Code de la Commande Publique : « *En cas de différend concernant l'exécution des marchés, les acheteurs et les titulaires peuvent recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends relatifs aux marchés.* »

Les comités consultatifs de règlement amiable des différends, qui peuvent être national ou locaux, ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue de proposer une solution amiable et équitable aux différends relatifs à l'exécution des marchés. »

Le médiateur des entreprises agit comme tierce partie, sans pouvoir décisionnel, afin d'aider les parties, qui en ont exprimé la volonté, à trouver une solution mutuellement acceptable à leur différend. »

A – 3 : Le recours au médiateur

Selon l'article R2197-23 du code de la commande publique, « *en cas de différend concernant l'exécution des marchés, les acheteurs et les titulaires peuvent recourir au médiateur des entreprises.* »

Le médiateur des entreprises agit comme tierce partie, sans pouvoir décisionnel, afin d'aider les parties, qui en ont exprimé la volonté, à trouver une solution mutuellement acceptable à leur différend. »

Le médiateur n'est ni juge, ni arbitre, ni conciliateur. Il agit comme intervenant neutre, impartial et indépendant, afin d'aider les parties à trouver une solution mutuellement acceptable à leur différend.

La saisine du médiateur des entreprises peut être effectuée en ligne. En amont d'une saisine, il est possible de poser des questions ou demander des conseils sur la marche à suivre en toute confidentialité, grâce au formulaire de contact. Toutes les informations sur le site Médiateur des entreprises : www.mediateur-des-entreprises.fr

L'une des parties rencontre le médiateur. Celui-ci contacte l'autre partie (entreprise ou entité publique) et lui propose d'entrer en médiation, démarche volontaire et non contraignante.

Il convient d'observer que les entreprises sont de plus en plus enclines à saisir le médiateur pour rechercher une solution rapide de règlement du litige.

En effet, le Médiateur des entreprises est saisi, en très grande majorité par des petites et moyennes entreprises, sans exclure, bien sûr la possibilité d'être saisi par de grandes entreprises ou des acheteurs publics. Sur le fond, les demandes concernent des sujets variés : retards de paiement (50 % des saisines pendant la crise sanitaire), ruptures brutales de contrat (40 % des cas traités pendant la crise), difficultés d'exécution contractuelle, pénalités de retard, problèmes de propriété intellectuelle, etc.

La saisine du médiateur des entreprises ou d'un comité consultatif de règlement amiable interrompt le cours des différentes prescriptions et les délais de recours contentieux jusqu'à la notification du constat de clôture de la médiation ou la notification de la décision prise par l'acheteur sur l'avis du comité.

A – 4 – Les conseils de l'AAP

Si l'on se réfère à l'adage selon lequel un bon arrangement vaut mieux qu'un mauvais procès, il peut s'avérer judicieux d'utiliser la voie du règlement amiable plutôt que la voie contentieuse, pour plusieurs motifs :

- la saisine est gratuite, hormis les frais d'envoi et de reprographie des pièces, ainsi que, le cas échéant, les frais d'avocat (dont l'intervention est facultative) ;
- elle constitue une voie de règlement plus « douce » que la voie contentieuse en ce sens qu'elle a moins d'impact qu'un contentieux sur d'éventuelles relations contractuelles futures entre les parties ;
- l'avis est rendu dans des délais réduits (généralement moins de 6 mois, et au maximum 9 mois à compter de la saisine), ce qui permet de « purger » un litige plus rapidement que par la voie contentieuse ;
- l'avis ne lie pas les parties, qui peuvent décider l'une comme l'autre de ne pas suivre celui-ci, quitte à saisir le juge administratif : la saisine offre ainsi une chance d'éviter un contentieux, mais sans lui fermer la porte en cas d'avis non satisfaisant.

B – Les modalités de saisine des comités de règlement amiable des différends

On pourra utilement se reporter à la fiche pratique de la DAJ, « Règlement amiable des différends » consultable sur le portail economie.gouv.fr.

B – 1 – Le comité national et les comités régionaux de règlement amiable des différends

Il existe un comité consultatif national de règlement amiable des différends ou litiges dans les marchés publics (; il est compétent pour les marchés passés par les services centraux de l'État, ceux de ses établissements publics autres que les EPIC, et les services à compétence nationale . Il est également compétent lorsque le marché couvre des besoins excédant le ressort d'un seul comité local, ainsi que des comités régionaux (Paris, Versailles, Lyon, Marseille, Bordeaux, Nantes, et Nancy), qui ont chacun un ressort géographique donné.

Chaque comité comprend 6 membres à voix délibérative, avec 2 magistrats (les seuls membres permanents), 2 représentants de pouvoirs adjudicateurs choisis par le président du comité local sur une liste établie par le préfet (élus ou agents lorsqu'il s'agit de marchés passés par des collectivités territoriales ou des établissements publics), et, enfin, 2 représentants d'entreprises appartenant au même secteur d'activité que le titulaire, désignés par les organisations les plus représentatives du secteur pour chaque affaire. Il y a ainsi une parité au sein de chaque comité.

B – 2 – La saisine

Le comité compétent (national, ou régional) peut être saisi directement soit par le titulaire, soit par l'acheteur ou l'entité adjudicatrice, sur la base d'un mémoire expliquant les motifs du différend et le cas échéant, la nature et le montant des réclamations ; ce mémoire est accompagné des pièces contractuelles du marché, des courriers échangés et tout document relatif au litige.

L'envoi est opéré soit par courrier recommandé avec accusé réception, soit par dépôt contre récépissé au secrétariat du comité compétent. Un envoi dématérialisé peut être réalisé par courriel au secrétariat du comité, mais seulement à titre complémentaire (ce qui devrait sans doute évoluer dans un avenir proche, à la faveur de la dématérialisation des échanges).

A la réception de cet envoi, le président du comité peut rejeter la saisine si elle échappe à la compétence du comité ou si elle est irrecevable. Si la saisine est régularisable, le président doit alors inviter celui qui en est à l'origine à la compléter.

Si la saisine est régulière, elle interrompt alors le cours des prescriptions et suspend les délais de recours contentieux, et ce jusqu'au jour suivant la notification au titulaire du marché de la décision expresse prise par l'acheteur sur l'avis rendu par le comité.

Toutefois, même une fois la saisine opérée, chacune des parties peut former un référé-expertise, ou introduire une requête au fond devant le tribunal administratif ; Dans ce cas, le juge peut statuer sans être lié par un sursis.

B- 3 – La procédure

Le comité doit rendre son avis sous 6 mois, ce délai peut exceptionnellement être prolongé par périodes d'un mois, dans la limite de 3 mois. Le dossier est instruit par un rapporteur, qui rédige un rapport et un projet d'avis après s'être fait communiquer tous les documents administratifs utiles et avoir le cas échéant interrogé les parties.

Le comité se réunit au vu de ce rapport, pour procéder à l'audition des parties (qui peuvent se faire représenter par une personne de leur choix, et notamment par un avocat), ainsi que de toute personne dont l'audition peut être utile. Après cette audition, le comité se réunit à huis clos pour délibérer ; le président a voix prépondérante, et le rapporteur voix consultative.

L'avis est notifié aux parties, ainsi qu'au directeur des affaires juridiques du ministère chargé de l'économie et, le cas échéant, au préfet.

B- 4 – Les avis et leurs suites

Le comité ne se contente pas de statuer en droit, mais a aussi vocation à s'intéresser au fond, et à rechercher une solution amiable : son avis ne s'impose pas aux parties, et l'acheteur peut décider de s'y conformer ou non. Il doit toutefois notifier sa décision au titulaire et au secrétaire du comité.

Ainsi, l'acheteur peut :

- soit suivre l'avis du comité, et proposer au titulaire de le formaliser par une « modification du marché » (pour autant que les conditions posées aux articles R.2194-1 à 10 du code de la commande publique soient nécessairement remplies), ou par un protocole transactionnel ; Si l'avis du comité ne conduit pas à une modification du marché, que le décompte général du marché est établi conformément à l'avis et que le titulaire du marché l'accepte, le Conseil d'Etat a jugé par un arrêt du 4 novembre 2005 (Société AMEC SPIE, requête n° 263429) que ce décompte devenait alors définitif ;
- Soit refuser de suivre l'avis du comité, et notifier ce refus au titulaire : les délais de recours redémarrent dès la notification de cette décision (et non à la notification de l'avis, pour éviter que l'acheteur soit tenté de « jouer la montre », réduisant d'autant le délai de recours...). Chacune des deux parties pourra saisir le juge administratif.

B – 5 – Les conseils de l'AAP

Le recours au comité est généralement le fait du titulaire plutôt que de l'acheteur, qui est mieux armé pour faire valoir son point de vue ; Face à un litige, il peut malgré tout être opportun de « suggérer » au titulaire d'opter pour ce mode de règlement plutôt que de saisir le juge.

Toutefois, l'acheteur doit bien peser le pour et le contre :

- Par rapport au juge, le comité s'intéressera au fond (les faits) et pas seulement à la forme (le droit) : une appréciation circonstanciée de la situation et la recherche d'une solution « équitable » peuvent conduire à une issue plus aléatoire que face au juge administratif ;
- Les comités comprennent certes des magistrats, mais aussi des représentants de pouvoirs adjudicateurs d'une part, et d'entreprises d'autre part : les angles de vue sont donc croisés, et les membres peuvent être portés à une forme de bienveillance à l'égard des droits de l'entreprise, souvent vue comme étant déjà en position de faiblesse ;
- Les parties ne sont pas liées par l'avis rendu par le comité, et l'acheteur peut donc décider de ne pas le suivre, au risque bien entendu de voir le titulaire saisir le juge administratif ; Or, même si le juge n'est en aucun cas tenu par l'avis ainsi rendu avant sa saisine, on ne peut écarter qu'il en tienne compte et soit porté à « sanctionner » l'acheteur.

Enfin, s'il n'est pas exigé des parties qu'elles se fassent représenter ou assister par un avocat face au comité, l'acheteur aura sans doute intérêt à le faire si le titulaire fait appel à un conseil.