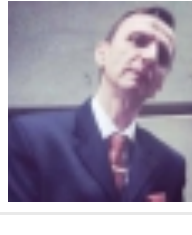




Affaire Adrexo : « une défaillance partagée dans la compréhension de l'objet du marché »

le 24/06/2021 | Commenter | Ajouter aux favoris

A propos de l'auteur

**M. Jean-Marc Joannès**Rédacteur en chef
achatpublic.info[Voir les articles de cet auteur](#)

Le 23 juin, devant la Commission des lois du Sénat, Gérard Damanin, a reconnu des dysfonctionnements dans la distribution du matériel de propagande pour le premier tour des élections régionales et cantonales du 20 juin. Plus de 8,6 millions de plis n'auraient pas été distribués aux électeurs (48 millions d'inscrits). Le ministre de l'Intérieur évoque « de sérieux manquements ». Maître Nicolas Charrel (cabinet Charrel & Associés) tire les enseignements commande publique de l'"affaire Adrexo", par une analyse fonctionnelle. Quand Commande publique et droit électoral se rencontrent...



« Peut-être que le marché est tout simplement trop gros pour Adrexo » (entreprise chargée par marché public de distribuer aux électeurs les professions de foi des candidats), a reconnu Gérard Damanin devant le Sénat le 23 juin. Au point que le ministre a même envisagé, pour l'avenir, un retour en régie. Mais que s'est-il passé ? Comment un marché de cette ampleur, et avec de tels enjeux, peut être entaché de difficultés d'exécution ? Maître Nicolas Charrel tire les enseignements commande publique de l'"affaire Adrexo" par une analyse fonctionnelle.

Le Ministère de l'Intérieur dit avoir « remonté les bretelles » d' Adrexo, mais est-ce encore utile ? Quelles peuvent en être les effets juridiques ?

M^o Nicolas Charrel – Juridiquement, derrière la notion de « remonter les bretelles de son prestataire », c'est d'abord dresser le constat de l'inexécution des prestations, en l'espèce, la distribution individuelle de plis de propagande électorale officiel... du matériel sensible. Il s'agit aussi éventuellement d'une mise en demeure, au risque de pénalités, d'une diminution de la rémunération (une réfaction), voire de la résiliation aux torts exclusifs. En quelque sorte, ce sont des actes préparatoires à un éventuel contentieux.

“ La résiliation du marché est en fait impossible : comment trouver, même en urgence, un nouveau prestataire dans de tels délais et vu l'objet du marché ? ”

Cela étant, la procédure de mise en demeure s'accompagne de délais pour permettre des observations. En l'espèce, la seconde partie de l'exécution du marché... c'est samedi 26 juin, avant le second tour ! La mise en place de mesures correctives peut s'avérer délicate...

La résiliation du marché est en fait impossible : comment trouver, même en urgence, un nouveau prestataire dans de tels délais et vu l'objet du marché ? Autrement dit, même si on vérifie l'existence de manquements suffisamment graves pour justifier la résiliation du marché aux torts du prestataire défaillant... on ne pourra faire jouer cette procédure prévue par le code de la commande publique.

De façon générale, en cas de défaillance manifeste et en urgence, que peut faire l'acheteur public en cas de mauvaise exécution ?

M^o Nicolas Charrel – Il y a bien des années, existait la possibilité de choisir sans mise en concurrence un nouveau prestataire en raison d'une défaillance dans l'exécution. Désormais, en principe, en cas d'entreprise défaillante, il faut remettre en concurrence. Ce qui crée, notamment pour les marchés de travaux, de nombreuses difficultés, avec des arrêts de chantier, des frais d'immobilisations, des retards d'exécution, des réclamations des entreprises et du maître d'œuvre... Il s'agit donc désormais de se déclarer en situation d'urgence ou d'invoquer des raisons techniques impératives évidentes qui justifient l'absence de mise en concurrence.

“ Le Gouvernement s'est trouvé face à un choix cornélien : soit continuer avec le même prestataire, soit résilier et attribuer directement à la Poste, sur une base juridique à consolider ”

L'urgence impérieuse est reconnue en matière sanitaire ou en cas de catastrophe (CCP art. R. 2122-1). En l'espèce, il s'agirait d'ajouter comme d'une urgence impérieuse de permettre aux élections de se dérouler conformément au droit. Et plus concrètement, de recourir au prestataire qui ne s'est pas montré défaillant pour lui attribuer le lot litigieux.

Sur certains chantiers avec plusieurs opérateurs, on peut confier le lot d'un opérateur défaillant à un autre (CCP art. R. 2122-3).

Le Gouvernement s'est trouvé face à un choix cornélien : soit continuer avec le même prestataire ; soit résilier et attribuer directement à la Poste, sur une base juridique à consolider.

En poursuivant avec le même prestataire, Adrexo, en considérant que les mêmes causes entraînent les mêmes effets et surtout dans des délais encore plus contraints pour l'exécution de la deuxième partie de la prestation (la distribution des documents électoraux de propagande en moins d'une semaine), on imagine mal un résultat amélioré...

NDLR

La Poste a annoncé, mercredi 23 juin, après la réalisation de cette interview, qu'elle reprend, "à la demande de la société Adrexo, et après accord du ministère de l'Intérieur, la distribution de 5 millions de plis de propagande électorale". C'est donc le mécanisme de l'article R. 2122-3 du code de la commande publique, évoqué par M^o Charrel, que le Gouvernement a décidé de faire jouer.

Y avait-il, s'agissant de la distribution de matériel électoral, une obligation de mise en concurrence ?

M^o Nicolas Charrel – On peut se poser la question juridiquement. Il y a peut-être des prestations que l'on ne peut plus externaliser, à défaut de système concurrentiel à même de pouvoir les assurer dans les conditions temporelles et les exigences démocratiques qui sont celles, notamment, d'une élection.

“ Peut-être faudra-t-il s'assurer à l'avenir de mettre en concurrence des modèles économiques équivalents et adaptés à l'objet du marché ”

Les vertus de l'appel d'offres se sont peut être retournées contre lui, compte tenu des exigences des prestations attendues. Si appel d'offres il y a, peut-être faut-il aussi s'assurer à l'avenir de mettre en concurrence des modèles économiques équivalents et adaptés à l'objet du marché. On rejoint la notion de « gestion différenciée ».

On peut surtout déceler une forme d'injonction contradictoire entre la recherche d'un modèle de distribution qui pourrait être plus économique, mais dans un délai extrêmement serré, dans la mesure où le Parlement fixe des échéances très courtes, pour des opérations qui couvrent impression, mise sous pli et distribution... La logistique ne suit pas forcément. Y avait-il un logisticien auprès de l'acheteur, pour prendre en compte les contraintes techniques ?

On peut aussi s'interroger : avec un second tour, une semaine après le premier avec de nouvelles listes, ne risque-t-on pas d'observer à coup sûr les mêmes effets ?

Dans quelle mesure peut-on considérer que l'acheteur n'a pas lui-même commis d'erreur, lorsque le prestataire n'exécute pas correctement la prestation ?

M^o Nicolas Charrel – L'acceptation du marché par le prestataire ne dédouane pas l'acheteur en cas de contentieux. Il peut toujours être invoqué par le titulaire défaillant le fait qu'il est lui-même victime d'une défaillance de l'acheteur.

C'est du grand classique : insuffisance d'un programme de construction, insuffisance des fonctionnalités pour établir un logiciel. Voir insuffisance dans la définition du besoin, du découpage du marché ou de la compréhension des problématiques générées par le marché par l'acheteur.

Certes, pour exciper des erreurs de l'acheteur, à démontrer, il faudra par ailleurs être certain de ne pas avoir soi-même manqué à son obligation de conseil en tant que professionnel. Une forme d'obligation quasi précontractuelle d'informer l'acheteur des limites de la prestation, des problématiques que cela peut soulever, de l'insuffisance de clarté du cahier des charges...

Une question pourrait être posée, dans l'affaire Adrexo, sur l'analyse fonctionnelle du besoin et de la dimension d'offre économiquement la plus avantageuse lorsqu'il s'agit de délivrer du matériel électoral à 100 % du corps électoral. Il y avait plusieurs composantes particulièrement complexes comme le prix, les délais et les aspects logistiques...

Adrexo doit-elle s'inquiéter de son exclusion de futurs contrats après une telle carence ?

M^o Nicolas Charrel - La jurisprudence est bien établie. Le code prévoit des dispositions, mais pour une procédure excluant une exclusion de principe (CCP art. L. 2141-7). Depuis la jurisprudence "Région Lorraine" (CE 10 juin 2009 Région Lorraine, req. n° 324153) l'exécution d'un marché antérieur n'est pas un motif automatique d'exclusion d'une nouvelle candidature. L'entreprise doit être en mesure de montrer qu'elle a procédé à une auto évaluation de ses défaillances antérieures et qu'elle a pris des mesures correctives. Et apporte ainsi à l'acheteur des garanties nouvelles.

En outre, Adrexo pourra toujours aussi démontrer, on l'a vu, que cette affaire ne concerne pas un marché publicitaire.

Globalement, dans cette affaire « Adrexo », droit de la commande publique et droit électoral se sont donc « mal harmonisés » ?

M^o Nicolas Charrel - Le Gouvernement a voulu se montrer vertueux et faire une mise en concurrence. Peut-être sur la base d'un cahier des charges ne prenant pas assez en compte les aspects logistiques de la distribution à échelle nationale de matériel sensible. Par ailleurs, le ministère de l'Intérieur n'a peut être suffisamment distingué (et là, on revient sur la notion de « modèle économique adapté ») entre la distribution de courrier « officiel », avec une obligation de résultat de délivrance individualisée et « finement » exécutée, adaptée à une mission d'ordre régaliens, et la diffusion de prospectus publicitaires dont la livraison n'est pas individualisée. C'est une distinction qui existe dans le code des postes.

“ Le Gouvernement a voulu se montrer vertueux et faire une mise en concurrence. Mais sur la base d'un cahier des charges ne prenant pas assez en compte les aspects logistiques de la distribution à échelle nationale de matériel sensible ”

L'effet vertueux de la mise en concurrence, c'est de retenir l'offre la plus avantageuse. Les couts structurels de la Poste, avec son réseau d'agents assermentés, ne sont pas les mêmes que ceux d'Adrexo, qui a dû sans doute faire appel à de l'intérim, avec peut être plus de difficultés pour assurer la distribution en milieu rural.

Pour aller plus loin, il y a peut-être eu du moins disant social pour mener à une offre économiquement plus avantageuse.

En réalité, la Poste et une entreprise comme Adrexo correspondent à deux modèles économiques différents.

Avec la Poste, un agent assermenté inclut la distribution dans sa tournée avec une obligation de distribution individualisée de courrier avec éventuel retour "NPA" ; ce qui est différent du modèle d'un distributeur de publicité. Il y a eu une défaillance partagée dans la compréhension réelle de l'objet du marché.

“ Il y a peut-être eu une défaillance partagée dans la compréhension réelle de l'objet du marché ”

Quelles autres considérations vous inspire cette affaire ?

M^o Nicolas Charrel – La distribution postale de propagande n'est peut-être pas adaptée partout. Il faudra sans doute penser à d'autres modes, supplémentaires, par voie dématérialisée, sur un site officiel...

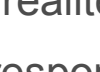
Se pose aussi la question d'un éventuel contentieux électoral. Le juge électoral vérifie si un affichage irrégulier, le non-respect d'obligation en matière de propagande, etc... ont pu avoir une influence déterminante sur la sincérité du scrutin : dans les cantons où la qualification pour le second tour s'est jouée parfois à de très faibles écarts, la non distribution de la propagande électorale a-t-elle influencé sur le vote ?

A relire sur achatpublic.info :

- Entreprises en redressement judiciaire... défaillance de la maîtrise d'œuvre... retards... quand le maître d'ouvrage fait face
- Rémunération de la maîtrise d'œuvre en cas de défaillance alléguée d'un des titulaires du marché
- Résiliation à l'initiative du cocontractant de la commande publique : mode d'emploi
- Multiples modifications de programme ou prestations décidées par le maître de l'ouvrage... normal, non ?

© achatpublic.info

Par : M. Jean-Marc Joannès



Commenter | Ajouter aux favoris



Lire d'autres articles

A quand un acheteur public aux... (Rédaction) 07/01/2021

Pour le Conseil d'Etat, l'exécution... (Mathieu Laugier) 23/02/2021

Marchés de substitution et travaux... (Mathieu Laugier) 25/05/2021

Comment écarter un ex défaillant ?... (Aude Camus) 14/06/2019

Comment écarter un ex défaillant ?... (Aude Camus) 20/06/2019

Interdictions de soumissionner : la... (Aude Camus) 23/07/2020

Motifs d'exclusion du... (Aude Camus) 03/03/2020

Candidat exclu pour cause de... (Mathieu Laugier) 24/10/2019



Association nationale pour la formation permanente du personnel hospitalier

Le service des Achats et des Moyens généraux (AMG) de l'ANFH recrute :

RÉFÉRENT DU PÔLE ACHAT DE FONCTIONNEMENT, SÉCURITÉ ET ENVIRONNEMENT DE TRAVAIL H/F

En savoir plus

Vous cherchez un profil marchés publics ?

DÉPOSEZ VOTRE OFFRE

Offres d'emploi

[24/06] – Gestionnaire service Juridique - marchés publics (h/f)**[23/06]** – Juriste marchés publics (h/f)**[23/06]** – Responsable du service commande publique (h/f)

Nouveaux documents

Les derniers documents de la documentation :

[16/06] – TA Bordeaux 2 avril 2021 Sté Thuret Voyages**[16/06]** – TA Orléans 16 avril 2021 Sté Guerin frères**[16/06]** – TA Caen 9 avril 2021 Sté LCH Medical products