



Exécution des marchés publics Six mois de jurisprudence

Sélection des décisions les plus instructives
rendues au cours du second semestre 2017.

Par Cyril Croix et Pauline Treille, avocats à la Cour, cabinet Seban & Associés

Possibilités de recours contractuels après la réception de l'ouvrage, indemnisation des travaux supplémentaires prévisibles, modulation des pénalités de retard... Les six derniers mois de jurisprudence ont été riches d'enseignements relatifs à l'exécution des contrats publics.

Procédure

Expertise judiciaire. L'article R.532-3, alinéa 2, du Code de justice administrative (CJA) permet de solliciter du juge des référés qu'il étende ou - mais cela est beaucoup moins fréquent - réduise la mission de l'expert judiciaire désigné. Une demande de réduction de mission formulée par un maître d'ouvrage a récemment fait l'objet d'une décision de rejet, confirmée par les juges d'appel. Celui-ci avait sollicité du juge des référés qu'il exclue de l'expertise judiciaire en cours, portant sur les difficultés d'exécution et les préjudices subis par la société titulaire du lot n° 14, l'analyse des travaux afférents au lot n° 5, qui avait d'ores et déjà fait l'objet d'une première expertise et pour laquelle un rapport avait été déposé en 2013. Or, la cour administrative

d'appel (CAA), après avoir rappelé la nécessaire appréciation du caractère d'utilité requis par l'article R.532-1 du CJA afin de faire droit à une réduction de mission, juge que, « si cette expertise et l'extension de mission décidée par l'ordonnance de référé du 19 octobre 2016 en tant qu'elle porte sur le lot n° 5 ont le même objet, l'expertise achevée en 2013 n'a pas été commune à l'ensemble des intervenants sur le chantier, contrairement à celle ordonnée par l'ordonnance [de] 2016. Or, s'agissant de questions techniques relatives à d'importants retards de chantier ayant bouleversé le phasage des travaux, il apparaît utile que soit présent aux opérations d'expertise, y compris en ce qui concerne les incidences sur le lot n° 5 de ces retards, l'ensemble des intervenants sur le chantier » (CAA Bordeaux, 15 septembre 2017, n° 17BX01588).

Fondement juridique. Dans une affaire tranchée début septembre, alors que la responsabilité décennale des constructeurs semblait pouvoir être facilement engagée, une erreur de procédure a empêché le maître d'ouvrage d'obtenir réparation. A la suite d'une expertise judiciaire concluant à la nécessité de procéder à

la construction d'un nouveau clarificateur sur une station d'épuration ne respectant pas les spécifications du marché relatives au taux maximal de matières en suspension admissible, le maître d'ouvrage avait saisi les juridictions du fond afin d'obtenir la condamnation de l'entreprise et du bureau d'études.

Toutefois, cette demande a été jugée irrecevable sur le fondement de l'article R. 411-1 du CJA, puisqu'elle ne comportait pas, selon les premiers juges, l'exposé de son fondement juridique et que celui-ci ne pouvait davantage se déduire de ses écritures. Irrecevabilité confirmée par la CAA, qui souligne qu'aucune des mentions ne permettait de considérer que le demandeur avait souhaité mettre en œuvre la responsabilité décennale des constructeurs, « dès lors qu'il ne se référait ni à la date d'apparition des désordres, ni à leurs conséquences ni, de manière plus générale, aux principes régissant la garantie décennale des constructeurs ». En outre, la demande fondée sur la garantie décennale présentée pour la première fois en appel par le demandeur est une demande nouvelle et doit donc être jugée également irrecevable (CAA Bordeaux, 6 septembre 2017, n° 17BX01797).

Responsabilité des constructeurs

Garantie de parfait achèvement. Selon une jurisprudence de 2007, désormais constante et encore récemment confirmée (CAA Marseille, 6 juillet 2015, n° 12MA02109), les relations contractuelles entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur se poursuivent non seulement pendant le délai de garantie de parfait achèvement (GPA), mais encore jusqu'à ce que les réserves exprimées lors de la réception aient été expressément levées. Ainsi, l'absence de décision de prolongation de la garantie par le maître d'ouvrage ne peut être assimilée à une levée implicite des réserves.

Un arrêt rendu par la CAA de Nantes a été l'occasion de rappeler ce principe pour des désordres réservés à la réception et affectant le dispositif de contrôle des rejets atmosphériques d'une usine d'incinération des ordures ménagères. Il a aussi permis aux juges de préciser que, s'agissant de désordres non réservés à la réception ayant fait l'objet d'une expertise judiciaire dans le délai de GPA, la responsabilité contractuelle de l'entreprise ne peut plus être recherchée dès lors qu'à la suite du dépôt du rapport d'expertise, le délai de GPA, sans prolongation explicite du maître d'ouvrage, avait recommencé à courir - et avait expiré à la date de saisine du tribunal par le maître d'ouvrage (CAA Nantes, 6 juillet 2017, n° 15NT02571).

Désordres de nature décennale. Il s'agit ici d'une nouvelle illustration de la qualification jurisprudentielle de désordres de nature décennale en raison du caractère généralisé de ceux-ci. En l'espèce, de nombreuses fissurations, aussi bien au niveau des murs coupe-feu et donnant lieu à des infiltrations, qu'au niveau des linteaux des portes de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage, ou encore des dallages du sol, en contradiction avec les résistances de charges prévues au cahier des clauses techniques particulières, sont autant de désordres de nature à rendre l'ouvrage impropre à sa destination et à compromettre sa solidité. Ils sont donc de nature à engager la responsabilité décennale des constructeurs. Et ce, quand bien même le désordre relatif au dallage ne fait pas obstacle à la poursuite de l'activité de la société occupante qui ne requiert pas le déplacement de charges lourdes (CAA Versailles, 6 juillet 2017, n° 14VE00463).

Réception sans réserves. Il est de jurisprudence constante que la réception sans réserves d'un marché public de travaux fait obstacle à ce que, sauf clause contractuelle contraire, l'entrepreneur soit ultérieurement appelé en garantie par le maître d'ouvrage pour des dommages dont un tiers demande réparation à ce dernier, alors même que ces dommages n'étaient ni apparents ni connus à la date de la réception. Toutefois, en l'espèce, la CAA confirme la décision de première instance qui a jugé que le recours contractuel du maître d'ouvrage soumis à un recours d'un tiers était toujours possible si, lorsque « la réception des travaux a été prononcée, une expertise était en cours aux fins de déterminer la nature et les causes des dommages subis » (CAA Paris, 31 juillet 2017, n° 15PA03175).

Par ailleurs, même si une réception sans réserves est prononcée, la responsabilité contractuelle du maître d'œuvre peut toujours être engagée du fait d'un manquement à son obligation de conseil. Celle-ci ne se limite effectivement pas à appeler l'attention du maître d'ouvrage sur les seules déficiences susceptibles de rendre l'ouvrage impropre à sa destination et d'entrer à ce titre dans le champ de la garantie décennale, mais porte sur l'ensemble des malfaçons apparentes faisant obstacle à une réception sans réserves (CAA Bordeaux, 11 juillet 2017, n° 15BX01205).

Travaux supplémentaires

Sujétions imprévues. Un arrêt du 20 juillet fut l'occasion, pour la CAA de Lyon, de rappeler quelles sont les conditions nécessaires à l'indemnisation d'un titulaire pour la réalisation de travaux supplémentaires dans le cadre d'un marché à prix global et forfaitaire. La cour juge en l'espèce que l'alimentation élec-

trique du chantier *via* la location d'un groupe électrogène, durant quelques mois, par le titulaire d'un des lots, ne pouvait être considérée comme des travaux « hors marché », dès lors que le raccordement en électricité faisait bien partie des missions du titulaire.

Et que celui-ci ne se prévalait d'aucun document de nature contractuelle définissant les modalités que devait prendre ce raccordement.

Puis la CAA ajoute que l'existence de sujétions imprévues, « c'est-à-dire de sujétions présentant un caractère exceptionnel et imprévisible et dont la cause est extérieure aux parties », ouvre droit à une indemnisation du titulaire si celles-ci bouleversent l'économie générale du contrat. Les juges d'appel considèrent ici que le coût de ces travaux, évalué à 30 000 euros HT, ne bouleverse pas l'économie du contrat (qui s'élève initialement à 1229 520 euros HT) et ne peuvent ainsi être indemnisés. Ces mêmes conditions permettront également à la cour de rejeter les demandes d'indemnisation du titulaire se plaignant d'un allongement de la durée du chantier sans toutefois rapporter la preuve de sujétions imprévues ou d'une quelconque faute du maître d'ouvrage (CAA Lyon, 20 juillet 2017, n° 15LY01748).

Défaut d'indemnisation de travaux prévisibles. Sans créer la surprise, la cour de Marseille procède, dans un arrêt du 10 juillet, à une juste application des critères permettant l'indemnisation de travaux supplémentaires dans un marché à →

prix global et forfaitaire. Elle rappelle la distinction à faire, dans le cadre des travaux indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art, entre : les travaux prévisibles et qui auraient dû être initialement chiffrés par l'entreprise, et ceux qui résultent, par exemple, d'une erreur du maître d'œuvre et que le titulaire ne pouvait prévoir.

Ici, les juges ont rejeté la demande d'indemnisation au titre de travaux de dépose d'une cuve enterrée, considérant que celle-ci appartenait à la première catégorie de travaux supplémentaires. Le titulaire disposait en effet des études nécessaires lui permettant de demander au maître d'ouvrage des renseignements supplémentaires, notamment la réalisation de sondages complémentaires (CAA Marseille, 10 juillet 2017, n° 16MA00428).

Pénalités de retard

Il est désormais acquis qu'« il est loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat [...] si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché » (CE, 29 décembre 2008, n° 296930). Par un arrêt du 19 juillet dernier, le Conseil d'Etat apporte des précisions quant aux modalités de cette modulation.

Il rappelle, dans un premier temps, que les pénalités de retard doivent être prévues par le marché et sont applicables au seul motif qu'un retard dans l'exécution est constaté, même en l'absence de préjudice pour le maître d'ouvrage. Dans un second temps, la Haute juridiction précise le caractère exceptionnel de son office dans le cadre de la modulation des pénalités de retard ainsi que la nécessité d'être confronté à leur caractère « manifestement excessif ou dérisoire, eu égard au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations ».

Puis elle énonce qu'il appartient au titulaire « de fournir aux juges tous éléments, relatifs notamment aux pratiques observées pour des marchés comparables ou aux caractéristiques particulières du marché en litige, de nature à établir dans quelle mesure ces pénalités présentent selon lui un caractère manifestement excessif ; qu' [...] il incombe au juge soit de rejeter les conclusions dont il est saisi en faisant application des clauses du contrat relatives aux pénalités, soit de rectifier le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché dans la seule mesure qu'impose la correction de leur caractère manifestement excessif » !

Ainsi la jurisprudence s'oriente vers une appréciation *in concreto*, loin de la fixation d'un seuil en deçà ou au-delà duquel il conviendrait de modérer ou d'augmenter de manière automatique les pénalités de retard (CE, 19 juillet 2017, n° 392707).

Ouvrage public

C'est par un arrêt du 20 septembre 2017 que la Cour de cassation a donné, pour la première fois, la qualification d'ouvrage public à une centrale nucléaire : « Doivent être qualifiés d'ouvrages publics les biens immeubles résultant d'un aménagement, qui sont directement affectés à un service public, y compris s'ils appartiennent à une personne privée chargée de l'exécution de ce service public. » C'est ainsi que « la centrale nucléaire, ayant pour objet de permettre l'exécution du service public de la fourniture de l'électricité, est un ouvrage public ». Cette décision a

été rendue à la suite de la demande du fournisseur de matériaux destinés à la construction de la centrale. En effet, par le bénéfice du privilège de pluviôse et l'application de l'article L. 3253-22 du Code du travail, celui-ci souhaitait obtenir, du maître d'ouvrage (EDF), le paiement des matériaux fournis à une société chargée de travaux sur la centrale et mise en liquidation judiciaire.

La Cour a fait droit à cette requête en qualifiant la centrale nucléaire d'ouvrage public et en assimilant, dans le même temps, la construction d'un ouvrage public à l'exécution d'un travail public, ce dernier étant nécessaire à l'application de l'article précité (Cass. com., 20 septembre 2017, n° 15-28812).

Assurances

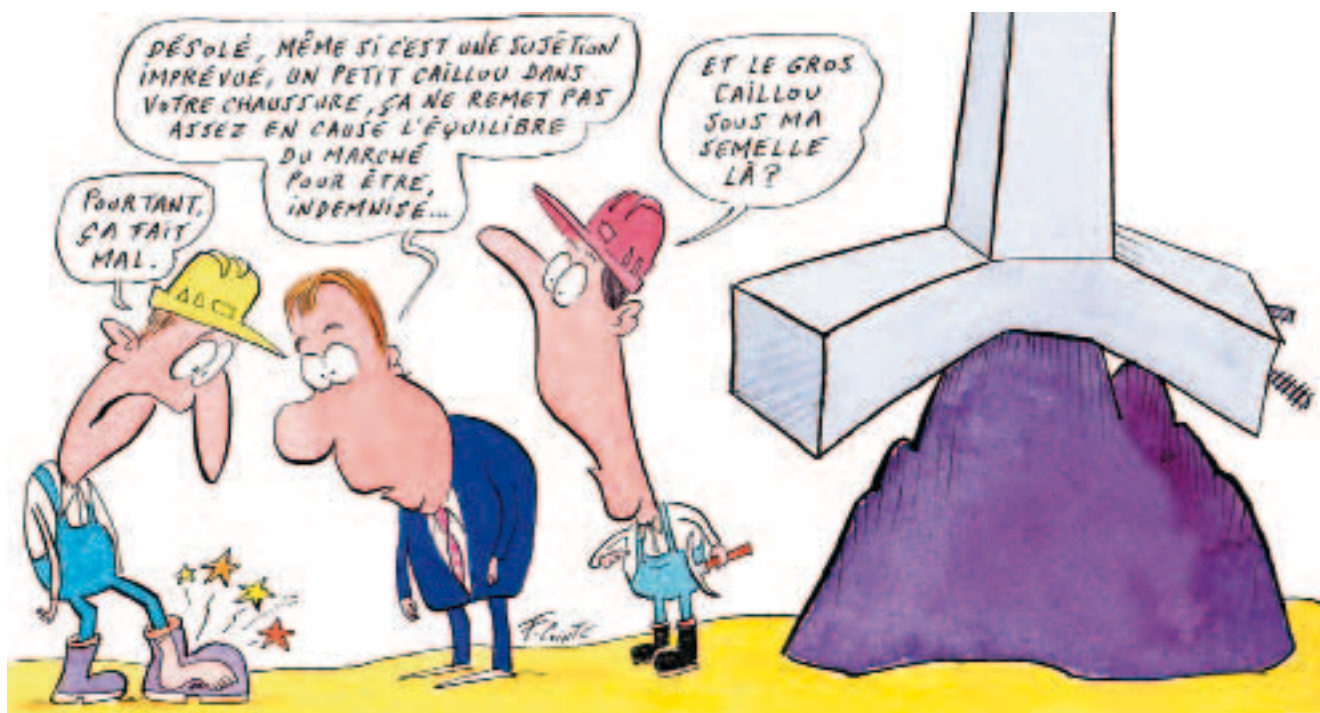
Limite de l'obligation de l'assureur dommages ouvrage.

Dans un arrêt du 5 juillet, le Conseil d'Etat vient rappeler les limites de l'intervention d'un assureur dommages ouvrage (DO). En application de l'article L. 242-1 du Code des assurances, la DO a pour unique objet de garantir, « en dehors de toute recherche des responsabilités, le paiement de la totalité des travaux de réparation des dommages de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs ».

En l'espèce, un maître d'ouvrage a dû, après la réalisation des fondations de l'immeuble, renoncer à son projet de construction en raison de l'abandon de chantier par l'entreprise de gros œuvre, puis de sa mise en liquidation judiciaire. Le maître d'ouvrage a ainsi sollicité la condamnation de son assureur DO au paiement du coût de démolition des fondations affectées de nombreux désordres, assimilé à des coûts de réparation, ainsi qu'à l'indemnisation de l'ensemble des frais exposés pour une construction qui a finalement été abandonnée. C'est cette dernière prétention qui a été rejetée : le maître d'ouvrage n'est pas fondé à demander à son assureur « la part de l'indemnité correspondant au coût de construction des logements à l'édification desquels il avait renoncé » (CE, 5 juillet 2017, n° 396161).

Irrégularité du contrat d'assurance. Saisi d'un contentieux relatif aux modalités de souscription et de déclaration du risque par l'assuré d'une police tous risques chantier (TRC), le Conseil d'Etat vient faire application de la jurisprudence dite « Béziers I » (CE, ass., 28 décembre 2009, n° 304802). Selon cette jurisprudence, il appartient au juge administratif lorsqu'il « constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, [...] soit de prononcer [...] la résiliation du contrat ou [...] son annulation ».

En l'espèce, l'assureur TRC reprochait au maître d'ouvrage d'avoir modifié, préalablement à la signature du contrat, les modalités d'exécution du chantier, modifiant ainsi le risque. Le Conseil d'Etat énonce que le juge administratif doit rechercher si, lors de la conclusion du contrat, une réticence ou une fausse déclaration intentionnelle de la part de l'assuré a été de nature à avoir changé l'objet du risque ou à en avoir diminué l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre. En l'espèce, selon les



juges, la modification constituait une solution équivalente à celle prévue à l'origine et n'avait ainsi pas modifié le risque pour l'assureur (CE, 6 décembre 2017, n° 396751).

Sous-traitance

Défaut d'acceptation et d'agrément des conditions de paiement. Toute sous-traitance nécessite que le sous-traitant ait été préalablement présenté au pouvoir adjudicateur afin que celui-ci l'accepte et qu'il agrée ses conditions de paiement, ce qui lui ouvre droit au paiement direct. C'est ce que rappelle une nouvelle fois le Conseil d'Etat, en confirmant la décision de la cour administrative d'appel qui s'était, à bon droit, limitée à rechercher « si avant la réception des travaux, le maître d'ouvrage avait eu connaissance de l'intervention de M. A. en qualité de sous-traitant. » A défaut de rapporter la preuve d'une telle connaissance avant la réception des travaux, la sous-traitance est considérée comme occulte et le sous-traitant perd le droit au paiement direct (CE, 5 juillet 2017, n° 402481).

Délai de présentation de la demande de paiement. Si la demande de paiement direct ne peut donc être satisfaite qu'en cas d'acceptation et d'agrément des conditions de paiement, encore faut-il que cette demande soit adressée au maître d'ouvrage dans ce que le Conseil d'Etat appelle « un temps utile ». En l'espèce, la Haute juridiction estime que ce « temps utile » a été respecté si la demande a été transmise par le sous-traitant avant l'établissement du décompte général définitif du marché (CE, 23 octobre 2017, n° 410235).

Conditions du référé provision

Le référé provision, issu de l'article R. 541-1 du CJA, permet d'accorder au créancier une provision lorsque l'obligation « n'est pas sérieusement contestable ». Saisie d'une demande d'un

titulaire qui se prévalait d'une telle créance en raison de travaux supplémentaires et de préjudices résultant de décalages de chantier et de retards, la CAA de Nancy a repris le principe énoncé par le Conseil d'Etat en 2014 (CE, 26 mars 2014, n° 374287). Principe selon lequel la provision ne peut être accordée que si les éléments soumis au juge des référés sont de nature à établir l'existence d'une obligation non sérieusement contestable « avec un degré suffisant de certitude ». La cour a complété ce raisonnement en jugeant que, « dans l'hypothèse où l'évaluation du montant de la provision résultant de cette obligation est incertaine, le juge des référés ne doit allouer de provision [...] que pour la fraction de ce montant qui lui paraît revêtir un caractère de certitude suffisant ». La partie qui s'estime créancière doit donc justifier non seulement le caractère non sérieusement contestable de l'obligation, mais aussi rapporter la preuve du bien-fondé du montant de la provision sollicitée (CAA Nancy, 1^{er} septembre 2017, n° 17NCO0798).

Par une décision du même jour, la cour de Bordeaux a été amenée à statuer aussi sur l'existence d'une obligation « non sérieusement contestable ». Le contentieux faisait suite à la résiliation d'un marché par le pouvoir adjudicateur pour un motif d'intérêt général. Dans cette hypothèse, en application de l'article 46.4 du CCAG travaux de 2009, le titulaire dispose du droit à être indemnisé du préjudice qu'il subit du fait de cette décision à hauteur de 5% du montant du marché, à la condition que cette réclamation ait été formulée dans les deux mois suivant la résiliation. Tel n'était pas le cas en l'espèce. Toutefois, la CAA statuant en référé a fait droit à la demande du titulaire en jugeant cette obligation de paiement non sérieusement contestable dès lors que, dans la lettre de résiliation, le maître d'ouvrage avait indiqué que le titulaire pourrait bénéficier de cette indemnité (CAA Bordeaux, 1^{er} septembre 2017, n° 17BX01327). ●