



Exécution des marchés publics Six mois de jurisprudence

Notre sélection des décisions les plus instructives rendues au cours du premier semestre 2020.

Par Cyril Croix et Axelle Lasserre, avocats à la Cour, SCP Seban et Associés.

Responsabilité du maître d'ouvrage en cas de sous-traitance occulte, étendue du devoir de conseil du maître d'œuvre, modalités de constitution d'un décompte général tacite, jeu des pénalités de retard... Les six derniers mois de jurisprudence ont été riches d'enseignements relatifs à l'exécution des contrats publics.

Sous-traitance

Recours direct du maître d'ouvrage contre le sous-traitant.

La cour administrative d'appel (CAA) de Douai vient préciser la solution dégagée par un arrêt du Conseil d'Etat de 2015 (CE, 7 décembre 2015, n° 380419, publié au recueil Lebon), qui reconnaissait la possibilité d'un recours direct, subsidiaire et quasi délictuel du maître d'ouvrage pour engager la responsabilité d'un sous-traitant, lorsque celle de son cocontractant ne peut pas être utilement recherchée. Celle-ci exclut toutefois ici un tel recours car le

maître d'ouvrage « en prononçant [la] réception et en poursuivant la procédure d'établissement [du] décompte général et définitif, a délibérément fait le choix de renoncer à toute réclamation à l'encontre de [l'entrepreneur principal], en ce qui concerne tant la réalisation de l'ouvrage que les droits et obligations financiers nés de l'exécution du marché ». Ainsi, estime la CAA, en enclenchant la procédure d'établissement du décompte, le maître d'ouvrage a renoncé à agir à l'encontre du titulaire du marché, pourtant responsable des prestations de son sous-traitant, alors que sa responsabilité devait être recherchée en priorité par rapport à celle du sous-traitant avec qui il n'est pas lié contractuellement. En définitive, la cour vient fortement circonscrire le périmètre de l'action subsidiaire du maître d'ouvrage à l'encontre du sous-traitant, laquelle pourrait par exemple être envisagée en cas de disparition de la société titulaire (CAA Douai, 14 janvier 2020, n° 18DA02297).

Action directe. Si les notions de paiement direct et d'action directe (au sens de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance) sont proches, en permettant au sous-traitant de se faire payer par le maître d'ouvrage, elles ne se recoupent pas. En effet, l'action directe ne peut être exercée que subsidiairement en cas de défaillance de l'entrepreneur principal et de l'absence de mise en place de garanties telles qu'une caution. La cour de Paris rappelle ici un principe ancien (CE, 17 mars 1982, n° 23440, publié au Recueil) selon lequel les dispositions relatives au paiement direct du sous-traitant (titre II de la loi de 1975) et celles relatives à l'action directe du sous-traitant à l'encontre du maître d'ouvrage en cas de défaillance de l'entrepreneur principal (titre III de la même loi) sont exclusives les unes des autres. Aussi, le sous-traitant ayant bénéficié du paiement direct ne pouvait se prévaloir d'une action directe fondée sur le titre III de la loi pour réclamer les sommes qu'il estimait restant dues (CAA Paris, 5 février 2020, n° 17PAO3593).

Demande de paiement direct. Selon une règle bien établie, issue des dispositions de la loi du 31 décembre 1975, le sous-traitant qui veut bénéficier du droit au paiement direct doit transmettre sa demande au maître d'ouvrage en « temps utile », soit avant la notification du décompte général du marché au titulaire. En revanche, il n'est pas tenu de produire le mémoire en réclamation prévu par les cahiers des clauses administratives générales (CCAG), ces dispositions lui étant inopposables en tant que tiers au contrat. Ainsi, en matière de paiement direct, les règles du CCAG ne s'appliquent nullement au sous-traitant (CAA Marseille, 15 juin 2020, n° 18MA02292).

Sous-traitant de second rang. Toujours sur le fondement de la loi de 1975 relative à la sous-traitance, la CAA de Lyon rappelle que seul le sous-traitant de premier rang bénéficie du droit au paiement direct. Mais que celui de second rang peut rechercher la responsabilité du maître d'ouvrage qui n'a pas mis en demeure le sous-traitant de premier rang de constituer à son profit une caution ou une délégation de paiement, alors qu'il avait connaissance de ce manquement. Sont nulles d'effet toutes dispositions contraires, telles qu'en l'espèce, indiquant notamment que « le sous-traitant [de second rang] ne pourra en aucun cas se retourner contre le maître d'ouvrage » (CAA Lyon, 27 février 2020, n° 18LY02632).

Sous-traitance occulte. Le maître d'ouvrage est susceptible de voir sa responsabilité engagée si la preuve de sa connaissance d'une sous-traitance irrégulière est rapportée. Mais la cour de Bordeaux l'écarte ici, même si le sous-traitant avait eu des « codes d'accès à [un] logiciel lui permettant comme les autres intervenants au marché public de déposer ses documents ». Elle retient en effet qu'il n'était pas établi que ce sous-traitant avait participé aux réunions de chantier, et qu'il s'était fait connaître postérieurement à l'achèvement de ses prestations, sans possibilité pour le maître d'ouvrage de régulariser sa situation (CAA Bordeaux, 10 mars 2020, n° 18BX02909).

Responsabilités

Devoir de conseil du maître d'œuvre. Il est connu que, lorsque le maître d'œuvre s'est abstenu d'attirer l'attention du maître d'ouvrage sur les désordres affectant l'ouvrage, apparents lors de la réception ou dont il a eu connaissance en cours de chantier, sa responsabilité peut être engagée. Le Conseil d'Etat

étend ce devoir de conseil en censurant la cour qui se devait de vérifier, comme l'invitait à le faire le maître d'ouvrage, si le maître d'œuvre aurait pu avoir connaissance des vices affectant l'ouvrage s'il avait accompli sa mission selon les règles de l'art (CE, 8 janvier 2020, n° 428280).

Peut néanmoins constituer une cause d'exonération de responsabilité du maître d'œuvre, tout du moins partielle, le fait que les désordres apparus étaient aussi connus du maître d'ouvrage avant la réception du chantier et que les travaux pour y remédier ont été réalisés avant la levée des réserves (CE, 8 janvier 2020, n° 434430).

Erreur dans la décomposition du prix global et forfaitaire.

Le maître d'œuvre, chargé de la constitution du dossier de consultation des entreprises, voit confirmée sa responsabilité pour faute du fait d'une erreur grossière (portant sur la surface à enduire) dans la décomposition du prix global et forfaitaire (DPGF). Néanmoins, dans cette décision peu favorable à l'entreprise de travaux, cette dernière se voit appliquer une part de responsabilité pour moitié au motif qu'elle devait vérifier la cohérence du DPGF avant la remise de son offre (CAA Douai, 27 février 2020, n° 17DA01914).

Garantie décennale

Nature des désordres. Faisant application des dispositions de l'article 1792 du Code civil, la jurisprudence administrative retient que la garantie décennale des constructeurs ne peut être recherchée pour des éléments d'équipement dis-

Le sous-traitant ayant bénéficié du paiement direct ne peut se prévaloir d'une action directe pour réclamer les sommes qu'il estime restant dues.

sociables de l'ouvrage que s'ils le rendent, dans son ensemble, impropre à sa destination. Ce n'est pas le cas d'un élément d'équipement dont le fonctionnement est rendu plus compliqué mais sans que cela empêche l'ouvrage d'être utilisable dans des conditions normales (CE, 9 novembre 2018, n° 412916, mentionné dans les tables du Recueil). A l'inverse, la cour de Nantes vient confirmer le caractère décennal des désordres affectant les

deux tiers du parquet d'une salle communale qui rendent impossible l'usage contractuellement prévu et créent un risque pour la sécurité des usagers (CAA Nantes, 12 juin 2020, n° 18NTO1614).

Un arrêt revient sur l'appréciation de la nature décennale de désordres d'isolation acoustique affectant un ouvrage par nature créateur de bruit. Considérant le caractère localisé et la faible ampleur des nuisances sonores affectant les utilisateurs d'un pôle musical, qui peut malgré tout être utilisé normalement, la CAA estime qu'il n'existe aucune impropriété à destination et écarte ainsi la responsabilité décennale du groupement de maîtrise d'œuvre (CAA Bordeaux, 10 mars 2020, n° 17BX03727).

Imputabilité. Si la responsabilité décennale des constructeurs est une responsabilité de plein droit, c'est-à-dire qui ne nécessite pas la démonstration d'une faute, il n'en demeure pas moins que le désordre doit pouvoir se rattacher au périmètre →

d'intervention des constructeurs mis en cause. Par suite, en l'absence de toute imputabilité, les dysfonctionnements ayant été causés par un défaut de surveillance des installations de chauffage par l'entreprise de maintenance, la cour de Lyon a logiquement écarté la mise en œuvre de la responsabilité décennale (CAA Lyon, 2 avril 2020, n° 17LY04125).

De même, la cour rejette la responsabilité décennale des constructeurs tant en raison d'une absence d'imputabilité, l'explosion survenue dans l'atelier de séchage des boues de la station d'épuration étant probablement due à une erreur de manipulation par un agent du maître d'ouvrage, que de l'insuffisante gravité des désordres

puisque la persistance d'un danger intrinsèque à l'installation n'était pas établie (CAA Lyon, 27 février 2020, n° 17LY01909).

Groupement solidaire. Les entreprises membres d'un groupement solidaire ne peuvent se dégager de leur responsabilité décennale en invoquant ne pas avoir participé aux travaux litigieux que si une convention, à laquelle le maître d'ouvrage est partie, fixe la part qui leur

L'existence d'un vice « caché » reste exclue si ses conséquences étaient prévisibles au jour de la réception.

revient dans l'exécution des travaux. C'est ce que rappelle ici la cour de Nancy, avant de mettre hors de cause une entreprise qui, au regard d'une annexe à l'acte d'engagement, n'avait pas participé aux missions litigieuses de construction de l'ouvrage, mais avait seulement la charge de l'aménagement muséographique du musée (CAA Nancy, 28 janvier 2020, n° 18NC02204-18NC02205).

Désordres connus du maître d'ouvrage. L'existence de désordres apparents à la date du procès-verbal de réception fait par principe obstacle à l'engagement de la responsabilité décennale des constructeurs. Un arrêt vient néanmoins rappeler, s'agissant de logements de fonction, que lorsque les conséquences d'un vice, pourtant connu à la réception, ne se sont révélées qu'après celle-ci, ce désordre n'est pas forcément considéré comme apparent. L'existence d'un vice « caché » reste exclue si ses conséquences étaient prévisibles au jour de la réception, ce qui n'était pas le cas pour ces désordres d'infiltration dus à des défauts de fabrication et de pose de menuiseries extérieures (CAA Nantes, 12 juin 2020, n° 19NT01411).

Domages aux tiers. Cette décision s'inscrit dans une lignée jurisprudentielle ancienne (CE, 15 juillet 2004, n° 235053, publié au Recueil ; CE, 13 novembre 2009, n° 306061, mentionné au Recueil) tenant au possible recours en garantie du maître d'ouvrage contre ses constructeurs en cas de dommages causés aux tiers, alors que la réception définitive et sans réserve met fin aux rapports contractuels. La CAA de Nantes reprend le considérant de principe qui veut que « la responsabilité de l'entrepreneur envers le maître d'ouvrage peut toutefois être recherchée sur le fondement de la garantie décennale si le dommage subi par le tiers trouve directement son origine dans des désordres affectant l'ouvrage objet du marché ». Puis elle en fait une application positive, en condamnant le constructeur au paiement des sommes versées par le maître d'ouvrage au

délégataire de service public ayant subi une dégradation des conditions d'exploitation en raison de désordres décennaux (CAA Nantes, 13 février 2020, n° 18NT03596).

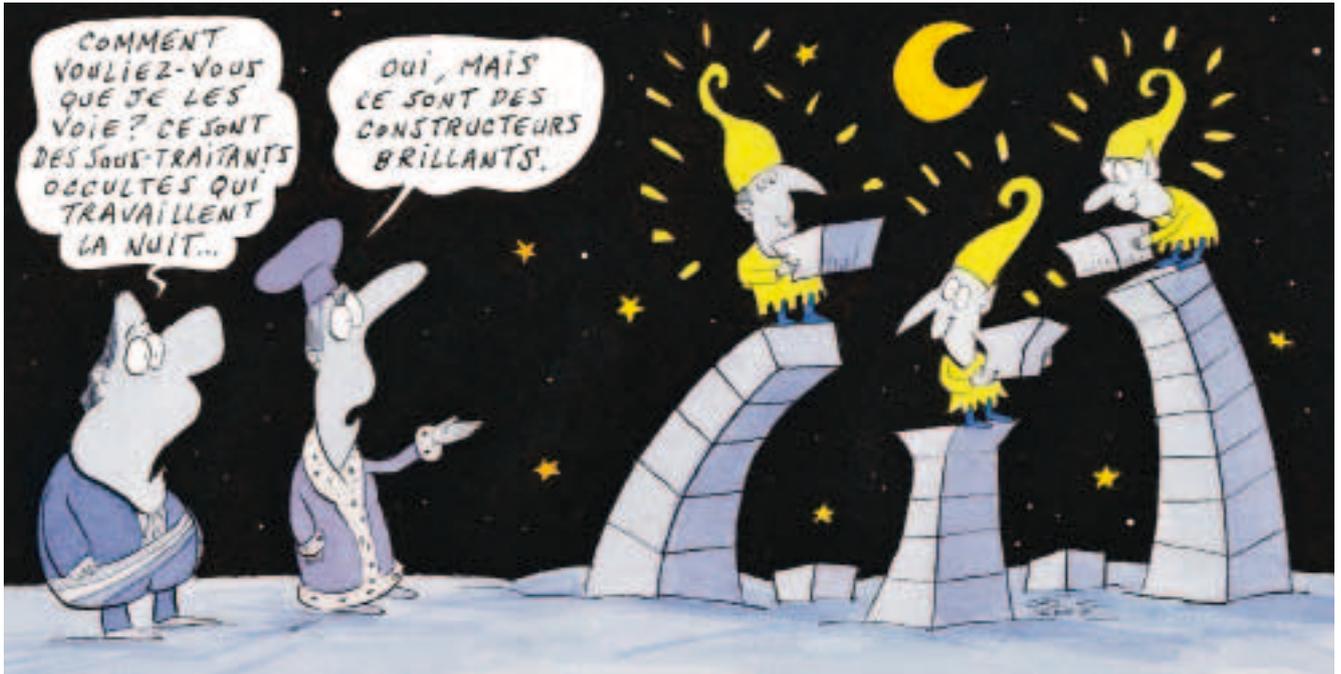
Décompte général définitif

Appel en garantie. Dans le cadre du principe bien connu d'intangibilité et d'indivisibilité du décompte définitif, le Conseil d'Etat est venu préciser sa jurisprudence selon laquelle un maître d'œuvre peut être appelé en garantie par le maître d'ouvrage après la notification dudit décompte. Ce recours n'est possible que si le maître d'ouvrage n'avait pas eu connaissance d'un litige avec le constructeur au moment de l'établissement du décompte définitif. En l'espèce, un concurrent évincé avait engagé une action visant à condamner le maître d'ouvrage au paiement d'une indemnité, lequel avait alors appelé en garantie son maître d'œuvre, chargé d'une mission de passation des marchés de travaux. Alors que le contentieux était connu et toujours en cours, le maître d'ouvrage avait, malgré tout, signé le décompte général du marché, sans formuler de réserve. Par suite, les conclusions d'appel en garantie du maître d'ouvrage ne pouvaient qu'être irrecevables, ce dernier ayant parfaitement eu connaissance du litige existant au moment de l'établissement du décompte définitif, qu'il n'a assorti d'aucune réserve, même non chiffrée (CE, 27 janvier 2020, n° 425168, mentionné au Recueil).

Intérêts moratoires. Le caractère intangible du décompte définitif conduit à ce que les parties soient liées par les intérêts moratoires afférents au paiement des acomptes ou avances indiqués dans ce document. La cour de Paris rappelle que l'entreprise doit, pour pouvoir en réclamer le paiement, les intégrer dans son projet de décompte final, dans leur principe ou dans leur montant, quand, à cette date, elle est en mesure de déterminer le retard sur la base duquel les intérêts moratoires doivent être liquidés (CAA Paris, 5 février 2020, n° 17PA02981).

Décompte général tacite. La jurisprudence administrative a déjà été amenée à se prononcer sur le mécanisme de décompte général tacite, introduit à l'article 13.4.4 du CCAG travaux par l'arrêté du 3 mars 2014 afin d'améliorer les délais de paiement dans les marchés publics (CE, 25 juin 2018, n° 417738, mentionné au Recueil ; CE, 25 janvier 2019, n° 423331). La CAA de Versailles précise ici que l'existence de réserves lors de la réception des travaux ne fait pas obstacle au déclenchement des délais donnant naissance à un décompte tacite, qui courent à compter de la date de notification de la décision de réception des travaux (CAA Versailles, 27 février 2020, n° 19VE01401).

Etablissement judiciaire du décompte. Avant l'instauration du mécanisme de décompte tacite par l'arrêté du 3 mars 2014 évoqué plus haut, le titulaire du marché confronté à l'inaction du maître d'ouvrage à notifier le décompte définitif, devait saisir le tribunal administratif afin notamment de le faire établir ou d'obtenir son paiement. Le Conseil d'Etat est venu transposer sa jurisprudence applicable aux cas de différends sur le décompte (CE, 27 janvier 2017, n° 396404, mentionné au Recueil) aux cas d'absence de décompte. Ainsi, au sens de l'article 13.4.2 du CCAG travaux dans sa rédaction de 2009, la saisine du juge du référé provision est bien admise en tant que saisine du « tribunal administratif compétent » (CE, 10 juin 2020, n° 425993, mentionné au Recueil).



Pénalités de retard

Clause contractuelle. Nul n'ignore que les pénalités de retard ne peuvent être appliquées dans les marchés publics qu'en vertu de clauses contractuelles, et que l'interprétation du champ d'application de ces dernières donne lieu à un contentieux abondant. Il en va ainsi de l'application de pénalités à certaines phases du chantier. En l'espèce, la CAA de Marseille a écarté le calcul des pénalités réalisé par le maître d'ouvrage sur la base du planning contractuel imposé pour chaque type de travaux au motif qu'il devait en réalité s'effectuer sur la base du délai global d'exécution, conformément à l'article 6 du cahier des clauses administratives particulières (CAA Marseille, 15 juin 2020, n° 17MA02897).

Contestation. Le Conseil d'Etat est venu préciser les critères d'appréciation d'une réclamation nouvelle, dans une situation où la forclusion de l'action du titulaire du marché était en jeu. Un précédent mémoire avait été adressé et rejeté sans que le juge ne soit saisi dans les délais impartis en application de l'article 50 du CCAG travaux. Pour confirmer le rejet des demandes d'indemnisation formulées, la juridiction retient que le prétendu « nouveau » mémoire se bornait à actualiser le montant de ses réclamations. A l'inverse, la contestation des pénalités de retard constitue bien une réclamation nouvelle, d'autant que ces dernières ont été infligées lors de l'établissement du décompte général, soit bien après le rejet du premier mémoire en contestation (CE, 10 février 2020, n° 422063).

Travaux supplémentaires et exécution du marché

Clause de renonciation. Selon un principe bien établi, le titulaire d'un marché forfaitaire a droit au paiement des travaux supplémentaires effectués, même sans ordre de service, dès lors que ces travaux étaient indispensables à la réalisation de

l'ouvrage dans les règles de l'art. Cependant, en cas de signature d'un avenant au marché de travaux incluant la clause de renonciation suivante : « Le titulaire du marché renonce à tout recours ultérieur et à toute action contentieuse pour tous faits antérieurs à la signature de l'avenant », le titulaire n'est pas recevable à solliciter le paiement de travaux supplémentaires antérieurs à cet avenant, et ce, même si les travaux étaient indispensables à la réalisation de l'ouvrage (CAA Bordeaux, 20 mai 2020, n° 18BX02301).

L'existence de réserves à la réception ne fait pas obstacle au déclenchement des délais donnant naissance à un décompte tacite.

Difficultés d'exécution. Les difficultés d'exécution rencontrées dans un marché forfaitaire ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit du titulaire du marché que dans des hypothèses très précises : l'existence de sujétions imprévues bouleversant l'économie du contrat ou d'une faute du maître d'ouvrage. Il n'en est rien dans cet arrêt où la cour retient notamment que les tra-

voux, les intempéries ou la défaillance d'un autre constructeur ne résultent pas d'une faute du maître d'ouvrage et ne constituent pas des aléas outrepassant ceux habituels sur un chantier équivalent (CAA Nantes, 6 mars 2020, n° 18NTO4319).

Dans un sens similaire, la CAA de Nancy écarte la demande indemnitaire formée par le titulaire du marché, en l'absence de toute faute du maître d'ouvrage dans l'estimation de ses besoins ou dans la conception du marché ou de la preuve d'une sujétion imprévue, définie comme « une difficulté matérielle présentant un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties » (CAA Nancy, 25 février 2020, n° 18NCO2081). ●