

Exécution des marchés publics Six mois de jurisprudence

Sélection des décisions et réponses ministérielles
les plus instructives rendues au cours
du second semestre 2016.

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

Caractère dissociable des éléments d'équipement, responsabilité du maître d'ouvrage délégué ou du contrôleur technique, validité d'une clause de résiliation unilatérale, droit à rémunération supplémentaire du maître d'œuvre, etc. Les six derniers mois de jurisprudence ont été encore riches d'enseignements relatifs à l'exécution des contrats publics.

Responsabilité décennale

Désordre apparent à la réception. Une décision récente du Conseil d'Etat illustre la notion de caractère apparent du vice, rappelant la nécessité de porter une extrême attention à la réception de l'ouvrage. Ainsi, des réparations qui ont déjà été effectuées sur l'ouvrage avant la réception et sur lesquelles le maître d'œuvre avait émis des doutes ne peuvent être considérées comme pérennes et définitives et confèrent au désordre constaté le caractè-

re de vice apparent empêchant l'engagement de la garantie décennale (CE, 7 octobre 2016, n° 392351, précité).

Caractère dissociable des éléments d'équipement. Toujours en ce qui concerne les désordres pouvant relever de la garantie décennale des constructeurs, un arrêt de la CAA de Bordeaux est venu rappeler que la jurisprudence sur le caractère indissociable des équipements repose vraiment sur du cas par cas. Si le dysfonctionnement d'un groupe électrogène n'est ainsi, en général, pas de nature à rendre un ouvrage impropre à sa destination, cet élément étant parfaitement dissociable de l'ouvrage, il en va différemment lorsque le groupe électrogène sert les salles médicalisées d'un hôpital. La cour a considéré qu'un tel désordre affectait un élément de sécurité essentiel au fonctionnement des équipements de soins de l'hôpital. Cet élément est donc considéré par les juges comme indissociable de l'ouvrage et comme portant

atteinte à sa destination, en dépit du fait qu'un seul dysfonctionnement avait pu être observé depuis sa mise en service (CAA Bordeaux, 7 juillet 2016, n° 14BX01604).

Responsabilité du contrôleur technique. La CAA de Douai a jugé, en application de l'article L. 111-24 du Code de la construction et de l'habitation, qu'un contrôleur technique peut, au même titre que les autres constructeurs, être condamné à réparer la totalité des conséquences d'un désordre de nature décennale. « La circonstance que le contrôleur technique a une activité distincte de celle du concepteur de l'ouvrage ne peut avoir pour effet de décharger le contrôleur, vis-à-vis du maître d'ouvrage, de l'obligation de résultat qui lui incombe au regard de sa propre mission et dont il ne peut s'exonérer qu'en cas de force majeure ou de faute du maître d'ouvrage » (CAA Douai, 29 septembre 2016, n° 15DA00060). En l'espèce, le contrôleur technique a cependant obtenu que le maître d'œuvre et le titulaire du lot charpente soient condamnés à le garantir de sa sanction à hauteur respectivement de 20 et 70 %.

Responsabilité contractuelle

Délégation du maître d'ouvrage. Le Conseil d'Etat est venu préciser, sur le fondement de l'article 3 de la loi MOP du 12 juillet 1985, les contours des rapports entre le maître d'ouvrage délégué et les constructeurs. En effet, le maître d'ouvrage délégué n'a pas de rapports contractuels avec les constructeurs, quand bien même les documents contractuels seraient signés de sa main. Il n'est que le mandataire du maître d'ouvrage, qui est seul responsable envers les constructeurs. En cas de faute du maître d'ouvrage délégué, les constructeurs doivent donc rechercher la responsabilité du maître d'ouvrage, et ce dernier pourra appeler en garantie le maître d'ouvrage délégué sur le fondement du contrat de mandat (CE, 26 septembre 2016, n° 390515, *plus d'informations dans « Le Moniteur » n° 5898 du 2 décembre 2016, p. 88*).

De la même manière, la Haute Juridiction a rappelé, dans le cadre d'un contrat d'affermage, qu'un maître d'ouvrage a la faculté de transférer à un tiers au contrat - qui peut être le maître d'œuvre - son droit d'agir en justice à l'encontre des constructeurs, y compris sur le fondement de la responsabilité contractuelle (CE, 7 octobre 2016, n° 392351).

Responsabilité contractuelle pour fraude ou dol. La jurisprudence est assez frileuse à reconnaître la responsabilité contractuelle des constructeurs pour fraude ou dol. Ce fondement de responsabilité permet de contourner le principe selon lequel la réception met fin aux relations contractuelles en cas de manquements contractuels d'une particulière gravité. Ainsi, même si la juridiction administrative reconnaît que ce fondement peut être invoqué, y compris en l'absence d'intention de nuire (CE section, 24 mai 1974, « Sté Paul Millet », n° 85939), les cas où elle accepte de reconnaître la fraude ou le dol restent limités. La cour administrative d'appel (CAA) de Douai a de nouveau confirmé cette tendance en refusant de reconnaître comme relevant de la fraude ou du dol une faute consistant pour l'entreprise à n'avoir appliqué qu'une couche de résine au lieu de deux sur le sol d'un terrain de sport. Toutefois, c'est la raison invoquée par les juges qui paraît plus surprenante : ceux-ci rejettent la qualification de fraude ou de dol dans la mesure où les désordres sont uniquement d'ordre esthétique, étudiant ainsi la gravité de la faute au regard de la gravité du préjudice subi au lieu de l'éva-

luer à l'aune du manquement contractuel (CAA Douai, 15 septembre 2016, n° 15DA00244).

Indemnisation des frais résultant d'un ajournement des travaux. S'agissant du préjudice financier subi par une entreprise en raison du choix du maître d'ouvrage d'ajourner les travaux sur le fondement de l'article 48.1 du cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicables aux marchés publics de travaux (version de 1976), la CAA de Bordeaux a jugé que le titulaire du marché n'a droit à une indemnisation qu'à la condition de démontrer la réalité du préjudice subi et l'existence d'un lien de causalité avec l'ajournement. Le simple fait de produire des chiffrages émanant d'un expert-comptable ne suffit pas à prouver ce préjudice. Il appartient au titulaire de produire des constats contradictoires établis en application de l'article 12 du CCAG travaux démontrant la réalité des immobilisations du personnel et du matériel (CAA Bordeaux, 15 novembre 2016, n° 14BX03576).

Résiliation

Exception d'inexécution. L'été dernier, le Conseil d'Etat a rappelé que le marché public de travaux - contrat administratif - obéit à un régime exorbitant du droit commun, qui empêche le cocontractant de se prévaloir d'inexécutions de l'administration pour se soustraire à ses propres obligations contractuelles ou pour résilier unilatéralement le contrat. Cette juris-

prudence (CE, 27 décembre 1925, « Sieur Dolfini ») est désormais bien établie et n'a eu de cesse d'être réaffirmée (CE, 8 octobre 2014, « société Grenke Location », n° 370644). Les parties peuvent toutefois y déroger en insérant une clause de résiliation unilatérale, à la condition que le contrat ne porte pas sur l'exécution d'un service public. En l'es-

Le Conseil d'Etat a rappelé que le marché public de travaux obéit à un régime exorbitant du droit commun.

pèce, si le contrat ne portait pas sur l'exécution d'un service public, le cocontractant de l'administration n'a cependant pas pu rapporter la preuve de l'existence d'une telle clause de résiliation unilatérale (CE, 19 juillet 2016, n° 399178). Une CAA a en revanche donné, récemment, un exemple de validité d'une telle clause (CAA Nancy, 7 juillet 2016, n° 15NC02137).

Par ailleurs, cette clause de résiliation peut prévoir une indemnisation du cocontractant. Toutefois, là encore, le régime des contrats administratifs comporte d'importantes spécificités, dont celle qui interdit aux personnes publiques de consentir des libéralités. Ce principe implique qu'il ne peut résulter de l'indemnisation contractuellement prévue pour dédommager le cocontractant une disproportion manifeste entre cette somme et le préjudice qu'il a subi. La CAA de Nantes a ainsi refusé d'indemniser un cocontractant qui sollicitait le paiement de frais et investissements qu'il assurait avoir engagés pour le marché, en considérant que ces frais n'étaient pas « strictement nécessaires à son exécution » comme l'exigeait la clause de résiliation (CAA Nantes, 12 juillet 2016, n° 14NT03075).

Résiliation aux frais et risques. Le caractère exorbitant du contrat administratif se manifeste également par la possibilité qui est ouverte à l'administration, à l'inverse, de résilier le marché aux torts exclusifs du titulaire sans qu'il soit (*suite p. 82*)

(suite de la p. 81) besoin, cette fois, d'une clause spécifique prévue à cet effet et bien qu'une seule faute de celui-ci soit intervenue, si cette faute est d'une gravité suffisante. Ce principe a de nouveau été rappelé dans un arrêt très récent (CE, 23 novembre 2016, n° 392227).

Des précisions intéressantes ont par ailleurs été apportées par une réponse ministérielle détaillant les modalités de résiliation totale ou partielle d'un marché. Après avoir rappelé qu'en cas de groupement, les marchés sont passés, non pas avec le groupement (qui n'a pas la personnalité morale), mais directement avec chacun des membres du groupement, cette réponse distingue les modalités de résiliation selon que le marché est confié à un groupement conjoint ou solidaire (QE n° 40144, réponse ministérielle publiée au « JOAN » du 14 juin 2016).

Compétence de la juridiction administrative

Le Tribunal des conflits a réaffirmé la compétence de la juridiction administrative en matière de dommages de travaux publics en précisant que celle-ci reste valable même dans l'hypothèse où l'action ne serait pas directement dirigée à l'encontre de la personne publique mais à l'encontre du constructeur, personne privée, qui a réalisé les travaux.

Ainsi, une société autorisée temporairement à occuper une partie des locaux de l'université destinée à accueillir, en premier lieu, un centre de recherche, avait assigné le constructeur devant le tribunal de commerce à la suite d'un incendie endommageant ses équipements. Le tribunal administratif de Marseille (saisi afin de se prononcer sur la question de la compétence) s'était déclaré incompétent au motif qu'il s'agissait d'un litige opposant deux sociétés privées. Or, le Tribunal des conflits n'a pas manqué de rappeler, comme l'a fait quelques mois après la Cour de cassation saisie d'un litige similaire (Cass. civ. 1^{re}, 16 novembre 2016, n° 15-25370), que la juridiction administrative est la seule compétente pour un litige au terme duquel une société recherche la responsabilité d'un constructeur auquel elle n'est pas liée par un contrat de droit privé, au titre des dommages imputables à l'exécution de travaux publics (T. confl., 4 juillet 2016, n° 4054).

Compétence et qualification de travaux publics. Au sujet de travaux de voirie confiés par une commune à une entreprise ayant endommagé un câble ERDF situé à proximité, le Conseil d'Etat a jugé que lorsque les travaux sont exécutés par une personne privée pour le compte d'une collectivité publique dans un but d'intérêt général, ils ont le caractère de travaux publics ; et que le litige relève ainsi des juridictions de l'ordre administratif (CE, 9 décembre 2016, n° 395228).

Paiement du marché

Demande de rémunération supplémentaire et principe de loyauté. Deux récentes décisions viennent traiter de la question récurrente du droit à rémunération supplémentaire des constructeurs, et en l'espèce du maître d'œuvre, dans des hypothèses de modification du programme de l'opération et de prolongement du délai contractuel.

Le premier arrêt confirme une jurisprudence désormais bien établie (CE, 29 septembre 2010, n° 319481, « Sté Babel » et CE, 10 février 2014, n° 365828, « Sté Arc Ame »), selon laquelle le maître d'œuvre n'a pas droit à une rémunération supplémentaire du seul fait de la prolongation de sa mission. Toutefois,

une modification du programme ou des prestations décidée par le maître d'ouvrage peut donner lieu à une adaptation et, le cas échéant, à une augmentation du prix de son marché, sans que la conclusion d'un avenant soit nécessaire. En l'espèce, le maître d'œuvre sollicitait le règlement d'honoraires complémentaires découlant des modifications du programme décidées par le maître d'ouvrage. Ce dernier lui opposait notamment que la modification relative à la protection incendie, résultant d'une exigence du contrôleur technique, ne pouvait être rémunérée en sus puisqu'il résultait du marché que le maître d'œuvre devait prendre en compte, à ses frais, l'ensemble des observations du contrôleur technique. La CAA de Marseille rejette ce moyen dès lors que le projet initial, qui portait uniquement sur l'aménagement partiel du bâtiment, avait été étendu, pour ce qui concerne la protection contre l'incendie, à son intégralité. Par ailleurs, la cour ajoute que l'absence de conclusion d'un avenant, pourtant requise au terme du cahier des clauses administratives particulières (CCAP), n'empêche pas le droit au paiement dès lors que le maître d'œuvre l'a sollicitée à plusieurs reprises (CAA Marseille, 17 octobre 2016, n° 15MA01987).

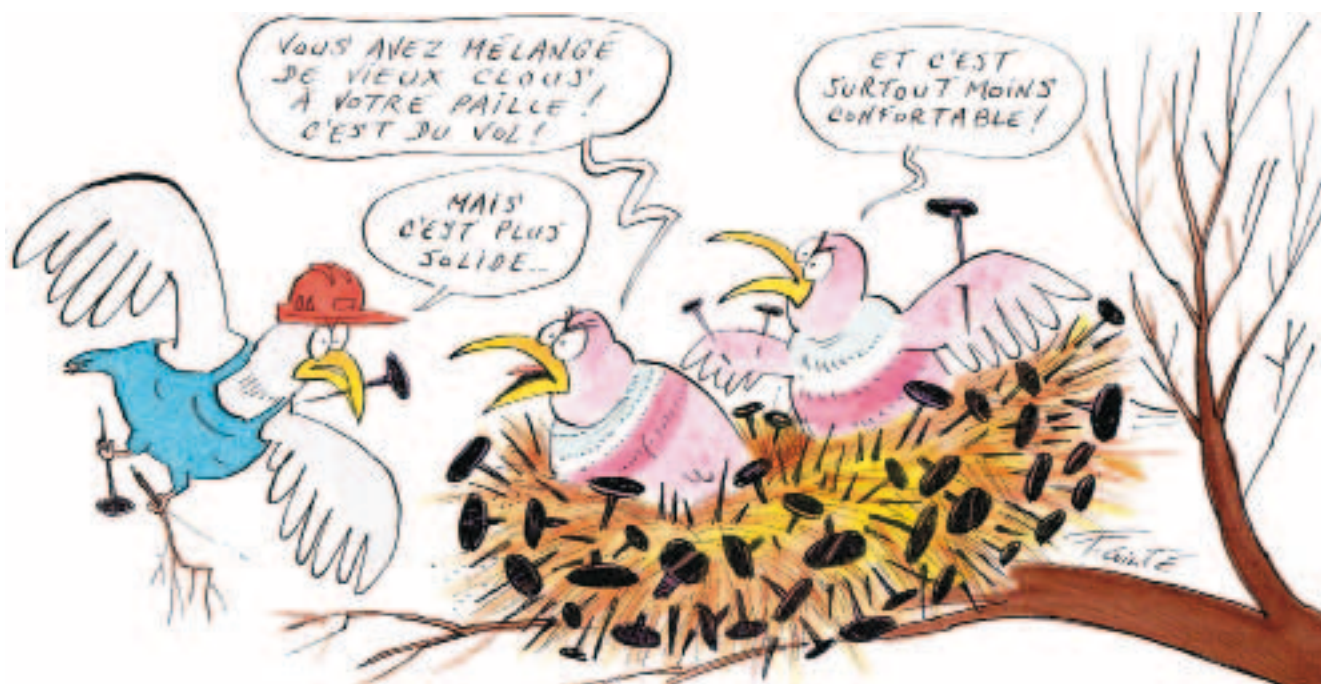
Se fondant sur le principe précité, la seconde décision revient également sur l'absence de nécessité de conclure un avenant afin d'accorder le paiement d'une rémunération complémentaire au maître d'œuvre, liée à l'allongement du délai contractuel dont il n'était pas responsable, dès lors « qu'il existait un

accord sur les éléments essentiels de la rémunération complémentaire du maître d'œuvre et notamment sur les modalités de détermination des honoraires complémentaires ». En effet, le maître d'ouvrage avait donné son accord sur le principe de l'augmentation des honoraires du maître d'œuvre mais n'avait

jamais formalisé cela par la conclusion d'un avenant. Le tribunal administratif de Lille appuie ici sa décision sur l'exigence de loyauté des relations contractuelles en imposant au maître d'ouvrage de respecter ses engagements (m)oraux (TA Lille, 23 juin 2016, n° 1200706).

Le principe est désormais retenu par tous : dans le cadre d'un marché à prix global et forfaitaire, l'entreprise n'est fondée à réclamer un supplément de prix au maître d'ouvrage que pour autant qu'elle justifie avoir effectué des travaux non prévus au marché, sur ordre de service, ou que ces travaux présentent un caractère indispensable à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art et ce quel qu'en soit le montant. La CAA de Nancy rappelle ce principe afin de justifier le refus d'indemnisation des travaux supplémentaires réalisés par une entreprise dès lors que l'avenant n°1 accepté par celle-ci avait réglé les conséquences financières entre les parties relatives à la modification du positionnement des ouvrages, sur la base de la solution que l'entreprise avait proposée ; le paiement de ces travaux relevant ainsi du forfait du marché (CAA Nancy, 5 juillet 2016, n° 15NCO0576).

Décompte définitif, réception et responsabilité contractuelle. L'arrêt rendu le 17 octobre par la CAA de Marseille intéresse tout à la fois la question du règlement du marché et celle des effets liés à la réception et de la responsabilité contractuelle



du maître d'œuvre. En effet, la cour a eu à juger de la contestation faite par une entreprise à la suite du rejet par le maître d'ouvrage de sa demande de projet de décompte final de résiliation. Elle a aussi dû se prononcer sur l'appel en garantie formé par le maître d'ouvrage à l'encontre du maître d'œuvre qu'il estimait responsable de la résiliation et des demandes de l'entreprise au titre de son projet de décompte. En l'espèce, le maître d'œuvre soutenait que la réception définitive des travaux étant intervenue, le maître d'ouvrage n'était plus recevable à engager sa responsabilité contractuelle. Or, la CAA vient rappeler que la réception met fin aux rapports contractuels entre les parties uniquement au titre de la réalisation de l'ouvrage et non en ce qui concerne les droits et obligations financiers nés de l'exécution du marché dont la détermination intervient définitivement lors de l'établissement du décompte définitif. En l'état, le maître d'ouvrage, condamné à indemniser l'entreprise, était donc tout à fait recevable à appeler en garantie son maître d'œuvre responsable de l'irrégularité de la procédure de passation du marché de l'entreprise (CAA Marseille, 17 octobre 2016, n° 13MA01315).

Sous-traitance

Le paiement direct du sous-traitant fait régulièrement l'objet de rappels jurisprudentiels. C'est ce qui ressort de l'arrêt rendu par la CAA de Nancy qui confirme, dans un premier temps, que le paiement direct du sous-traitant est subordonné à la double condition que le sous-traitant ait été accepté et ses conditions de paiement agréées par le maître d'ouvrage. Le refus de paiement direct est ainsi justifié dès lors que la commune n'avait pas été en mesure d'agréer les conditions de paiement en l'absence de précisions suffisantes. Toutefois, l'intérêt de cet arrêt réside dans sa seconde partie, dans laquelle, par un considérant relativement sévère, la cour de Nancy rejette la demande

du sous-traitant de voir condamner le maître d'ouvrage sur le fondement de la responsabilité pour faute. En effet, la cour considère que, malgré la connaissance par le maître d'ouvrage de la présence du sous-traitant sur le chantier et son absence de demande de régularisation par l'entreprise, la responsabilité pour faute de la commune ne peut être engagée eu égard au caractère intangible et définitif du décompte du marché, opposable au titulaire du marché mais également au sous-traitant (CAA Nancy, 30 juin 2016, n° 15NCO1096).

Domages aux tiers

La responsabilité sans faute du propriétaire d'un ouvrage public à l'égard des tiers est susceptible d'être retenue en présence d'un trouble anormal. Dans le cas de la construction d'un ouvrage public à proximité d'autres habitations, le juge administratif doit rechercher si « les troubles permanents qu'entraîne [sa] présence sont supérieurs à ceux qui affectent tout résident d'une habitation située dans une zone urbanisée, et qui se trouve normalement exposé au risque de voir des immeubles collectifs édifiés sur les parcelles voisines ; [...] l'illégalité affectant une autorisation d'urbanisme ne saurait par elle-même suffire à caractériser l'anormalité du préjudice » (CE, 28 septembre 2016, n° 389581).

Réception

La réception partielle est possible, y compris lorsque le marché conclu est un marché global. La présence d'un lot unique n'empêche nullement le maître d'ouvrage de constituer au sein de ce lot différents lots techniques distincts, lesquels peuvent chacun faire l'objet d'une réception spécifique, et ce y compris si les travaux sont toujours en cours pour les autres lots techniques (QE n° 96190, réponse ministérielle publiée au « JOAN » le 5 juillet 2016). ●