



Exécution des marchés publics Six mois de jurisprudence

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

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

Pouvoir de contrôle du maître d'ouvrage sur les prestations sous-traitées, interruption du délai décennal, paiement des travaux supplémentaires, droits et devoirs d'un entrepreneur résilié, etc. Les six derniers mois de jurisprudence ont été encore riches d'enseignements relatifs à l'exécution des contrats publics.

Responsabilité délictuelle

Le Conseil d'Etat confirme une solution dégagée par la jurisprudence administrative au cours de ces dernières années (voir notamment CAA Lyon, 11 février 2016, n° 14LY02988) relative à l'engagement de la responsabilité quasi délictuelle entre intervenants à l'acte de construire. En l'espèce, les titulaires d'un marché sollicitaient la condamnation du maître d'œuvre et du titulaire de la mission OPC (ordonnancement, pilotage et coordination), sur le terrain quasi délictuel, à les indemniser des préjudices liés notamment à l'allongement des délais d'exécution et au décalage des prestations. Ils demandaient également la condamnation du maître d'ouvrage sur le fondement de la

responsabilité contractuelle. En appel, leur requête a été rejetée sur le fondement quasi délictuel au motif que les constructeurs n'entretenaient pas entre eux un lien suffisant et que seul un appel en garantie était recevable.

Le Conseil d'Etat casse l'arrêt d'appel. Il réaffirme que, dans le cadre d'un contentieux tendant au règlement d'un marché public de travaux, « le titulaire du marché peut rechercher, outre la responsabilité contractuelle du maître d'ouvrage, la responsabilité quasi délictuelle des autres participants à la même opération de construction avec lesquels il n'est lié par aucun contrat de droit privé » (CE, 5 juillet 2017, n° 396430). Ainsi, le titulaire d'un lot qui conteste les sommes retenues sur son décompte général et définitif au motif que le maître d'œuvre ou les titulaires d'autres lots sont responsables des difficultés rencontrées dans l'exécution du marché dispose de deux solutions : il peut appeler ces derniers en garantie ; ou solliciter leur condamnation à réparer les préjudices qu'ils lui ont causés, sur le terrain quasi délictuel, à condition de démontrer l'existence d'une faute.

Sous-traitance

Ces derniers mois ont été l'occasion pour les juridictions administratives de revenir sur la question épineuse du paiement du sous-traitant.

Acte spécial. Dans un premier arrêt, la Haute Juridiction sanctionne le maître d'ouvrage qui a abaissé le montant de la rémunération du sous-traitant figurant initialement dans l'acte spécial. En l'espèce, un sous-traitant, qui avait été accepté et dont les conditions de paiement avaient été agréées, a saisi le maître d'ouvrage d'une demande de paiement direct correspondant au montant prévu au sein de son acte spécial. Or ce montant avait été modifié par le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal sur la base des travaux réellement effectués par le sous-traitant, et ce, sans en avoir informé le sous-traitant. Le Conseil d'Etat rappelle qu'en vertu de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance et de l'article 114 du Code des marchés publics (applicable au moment des faits), en l'absence de modification des stipulations du contrat de sous-traitance relatives au volume des prestations confiées ou à leur montant, le maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal ne peuvent, par un acte spécial modificatif, réduire le droit au paiement direct du sous-traitant dans le but de tenir compte des conditions dans lesquelles les prestations sous-traitées ont été exécutées (CE, 27 janvier 2017, n° 397311).

Contrôle des prestations. C'est dans la continuité de précédents arrêts (notamment CE, 28 avril 2000, n° 181604) et de celui du 27 janvier 2017 précité que le Conseil d'Etat ajoute des précisions quant au contrôle pouvant être exercé par le maître d'ouvrage en la matière. Ainsi, il indique que le maître d'ouvrage peut, avant de procéder au paiement direct du sous-traitant, contrôler l'exécution effective des travaux sous-traités et le montant de la créance du sous-traitant en s'assurant notamment que la consistance des travaux réalisés par lui correspond bien à ce qui était prévu au marché, et ce, quand bien même ces travaux seraient conformes aux règles de l'art (CE, 9 juin 2017, n° 396358).

Procédure de paiement direct. Le Conseil d'Etat vient également de détailler les conséquences de la méconnaissance par le sous-traitant de la procédure de paiement direct (prévue aux articles 8 de la loi du 31 décembre 1975 et 116 du Code des marchés publics - et aujourd'hui à l'article 136 du décret marchés publics du 25 mars 2016). Selon ces dispositions, le sous-traitant doit adresser sa demande de paiement au titulaire du marché, qui dispose d'un délai de quinze jours à compter de sa réception pour signifier son accord ou son refus, le silence valant acceptation.

Dans l'affaire en cause, l'entreprise titulaire de travaux d'extension avait vu son marché résilié à la suite de sa liquidation judiciaire. Son sous-traitant a alors sollicité la condamnation du maître d'ouvrage au paiement direct des travaux. Mais il s'avère qu'il n'avait pas respecté la procédure décrite ci-dessus. La cour administrative d'appel a fait néanmoins droit à sa demande, jugeant que la méconnaissance de la procédure ne prive le sous-traitant de son paiement direct que dans la seule hypothèse où le maître d'ouvrage aurait d'ores et déjà payé les prestations en cause à l'entreprise principale. Mais le Conseil d'Etat censure les juges d'appel. Il vient sanctionner durement la méconnaissance de la procédure par le sous-traitant, en jugeant que cela fait définitivement obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir d'un droit au paiement direct (CE, 19 avril 2017, n° 396174).

Prescription

Interruption du délai décennal. Par un arrêt du 19 avril, le Conseil d'Etat réaffirme la position déjà adoptée en la matière en 2009 (CE, 7 octobre 2009, n° 308163) : pour interrompre la prescription décennale, l'acte interruptif doit simplement mentionner avec précision les désordres dont le maître d'ouvrage souhaite la réparation. En l'espèce, la CAA avait rejeté les demandes d'un maître d'ouvrage public qui sollicitait la condamnation solidaire de plusieurs constructeurs. Motif : l'assignation au fond délivrée, en premier lieu, devant le tribunal de grande instance (lequel s'était déclaré incompétent), n'avait selon elle pas eu pour effet d'interrompre le délai de l'action en garantie décennale, dès lors que les termes dans lesquels la demande était formulée ne permettaient pas de la regarder comme implicitement mais nécessairement fondée sur la garantie décennale. Saisi, le Conseil d'Etat annule l'arrêt de la CAA, jugeant que celle-ci a commis une erreur de droit. Pour lui, la cour devait uniquement rechercher si l'assignation identifiait de manière suffisamment précise les désordres dont elle demandait réparation, et si elle émanait de la personne qui avait qualité pour exercer le droit menacé par la prescription et visait ceux-là mêmes qui en bénéficieraient (CE, 19 avril 2017, n° 395328).

Interruption du délai de prescription quadriennale. Le Conseil d'Etat revient sur le délai de prescription quadriennale applicable aux créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics en vertu de la loi du 31 décembre 1968. Il rappelle que l'interruption de cette prescription par un recours juridictionnel implique nécessairement la mise en cause d'une personne publique (confirmant une jurisprudence ancienne, CE, 24 juin 1977, n° 96584). Ici, il approuve la CAA

Ces derniers mois, les juridictions administratives sont revenues sur la question du paiement du sous-traitant.

pour avoir jugé que l'action engagée par un sous-traitant devant le tribunal de commerce contre le seul entrepreneur principal, afin d'obtenir paiement des travaux effectués, n'interrompait pas le délai de prescription quadriennale à l'égard du maître d'ouvrage, collectivité publique (CE, 10 mars 2017, n° 404841).

Prescription du délai décennal en matière extracontractuelle. Un arrêt du 10 février a été l'occasion, assez rare pour être citée, de rappeler les conditions de prescription, point de départ et interruption, de la responsabilité extracontractuelle. Il reprend *in extenso* les dispositions de l'article 2270-1 du Code civil (applicable à l'époque des faits) au terme desquelles « les actions en responsabilité civile extracontractuelle se prescrivent par dix ans à compter de la manifestation du dommage ou de son aggravation ». Puis il précise que le délai de prescription d'une telle action, qui n'a vocation à être exercée qu'entre les constructeurs eux-mêmes, ne peut courir qu'après que la responsabilité d'un constructeur a été recherchée par le maître d'ouvrage. Ce délai débute ainsi à la date à laquelle le constructeur a reçu communication de la demande présentée par le maître d'ouvrage devant le tribunal administratif.

La Haute Juridiction ajoute que, bien qu'interrompant le délai de prescription décennale, l'introduction

(suite page suivante)

d'une demande en référé expertise sur le fondement de l'article R. 532-1 du Code de justice administrative ne peut toutefois pas être regardée « comme constituant, à elle seule, une recherche de responsabilité des constructeurs par le maître d'ouvrage ». Elle n'est donc pas de nature à faire courir le délai prévu à l'article 2270-1 du Code civil dès lors qu'elle ne présente pas les caractéristiques d'une demande indemnitaire (CE, 10 février 2017, n° 391722).

Assurance dommages ouvrage

Le Conseil d'Etat rappelle que l'article L. 121-12 du Code des assurances subroge l'assureur dans les droits de son assuré à concurrence de l'indemnité versée à ce dernier, sans qu'aucune autre condition soit requise que celle de la preuve dudit versement.

Ainsi, l'obligation pesant sur le bénéficiaire de l'indemnité versée par l'assureur dommages ouvrage (DO) de l'affecter exclusivement à la remise en état du bien, fixée par l'article L. 121-17 du Code des assurances, ne concerne que les rapports entre l'assureur et son assuré. Elle n'est pas opposable à l'assureur dans le cadre de son recours subrogatoire à l'encontre des tiers responsables. Ces derniers ne peuvent donc se prévaloir de la mauvaise utilisation de l'indemnité par le bénéficiaire pour échapper à leur obligation de remboursement de l'assureur DO, lequel n'est tenu qu'au préfinancement (CE, 10 février 2017, n° 397630).

Marché à forfait

La CAA de Marseille rappelle que les difficultés rencontrées dans l'exécution du marché ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie : soit que ces difficultés ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat ; soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique « commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre, en particulier dans le cas où plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux publics ». La CAA confirme ainsi une jurisprudence désormais bien établie, dite « Haute-Normandie » (CE, 5 juin 2013, n° 352917). En l'espèce, elle juge que le maître d'œuvre n'est pas fondé à soutenir que le maître d'ouvrage aurait commis une faute de contrôle et de conception du marché en procédant à un choix technique entre des prédalles, dès lors que cette possibilité était prévue par le cahier des charges techniques particulières établi avant la signature de l'acte (CAA Marseille, 15 mai 2017, n° 15MAO3270).

Travaux supplémentaires

Les deux arrêts suivants ont été une nouvelle occasion pour la juridiction administrative de rappeler la stricte application des conditions permettant l'indemnisation des travaux supplémentaires réalisés par l'entrepreneur dans le cadre d'un marché à prix global et forfaitaire.

La CAA de Bordeaux a rejeté la demande de condamnation portée par une société ayant réalisé des travaux de terrassement et fondations supplémentaires qui présentaient un caractère indispensable à la bonne exécution de l'ouvrage dans les règles de l'art. Il ressortait en effet clairement des stipulations du marché

que les sondages étaient au nombre des études d'exécution incombant au titulaire du marché en vue de la réalisation des ouvrages. Et qu'il lui appartenait d'apprécier la nature exacte du sol en réalisant une étude préalable à son offre et de vérifier, à ses frais, l'homogénéité et la solidité du terrain avec la précision requise d'un professionnel avisé en vue de la réalisation des travaux dans les règles de l'art. De tels travaux ne peuvent pas être regardés comme des travaux supplémentaires ouvrant droit à un paiement (CAA Bordeaux, 16 février 2017, n° 15BX00263).

La cour de Nantes, elle, a jugé que les difficultés rencontrées par l'entreprise, dues au choix de la variante qu'elle a proposée et à l'insuffisance de l'étude de la faisabilité de cette variante au regard des informations géologiques sur la nature du sol marin dont elle disposait, ne remplissent pas les conditions permettant d'invoquer des « sujétions imprévues ». Des sujétions étant considérées comme telles lorsqu'elles présentent, lors de la conclusion du contrat, un caractère exceptionnel et imprévisible et proviennent d'une cause extérieure aux parties. L'entreprise ne peut donc obtenir une indemnisation des travaux supplémentaires effectués (CAA Nantes, 29 mars 2017, n° 15NTO1502).

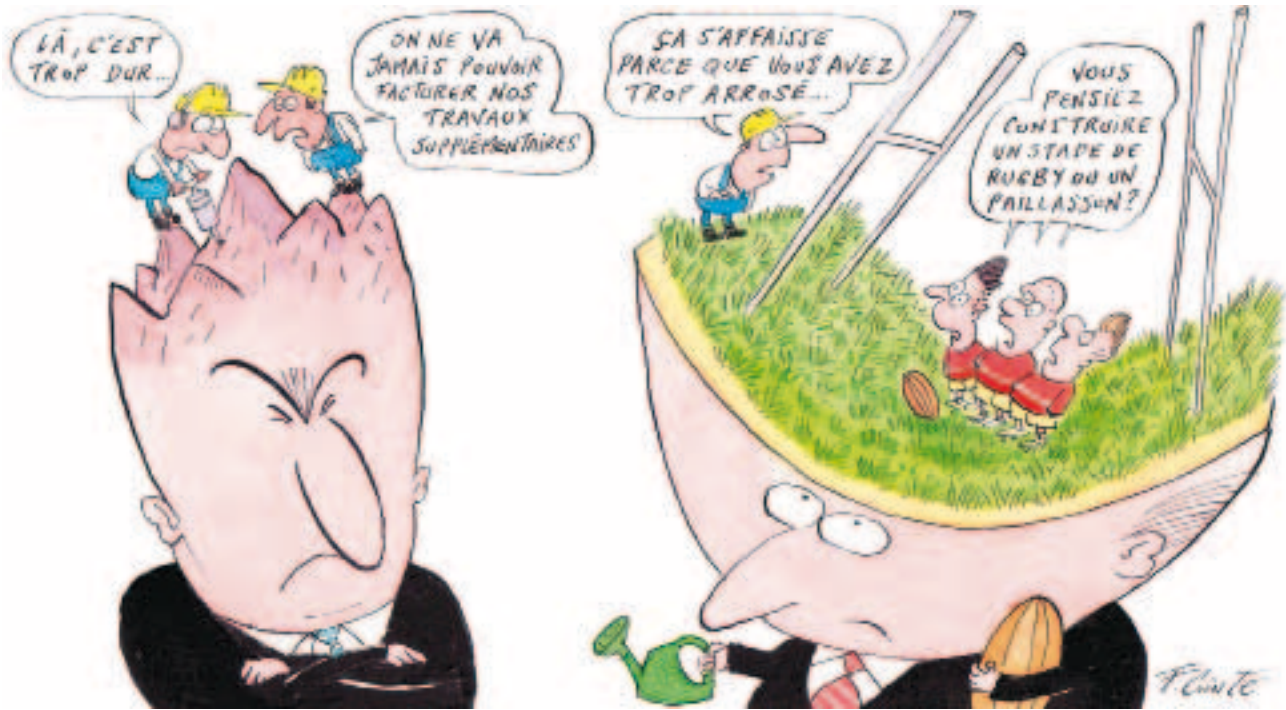
Contestation du décompte général et définitif. Le Conseil d'Etat rappelle qu'aux termes de l'article 7.2.3. du cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicable au marché litigieux (similaire à l'article 50.3.2 du CCAG travaux), l'entrepreneur doit saisir le tribunal administratif compétent dans le délai de six mois à partir de la notification de la décision prise sur ses réclamations contestant le décompte général. A défaut, il est considéré comme ayant accepté ladite décision, ce qui rend toute réclamation irrecevable.

Dans la même décision, la Haute Juridiction précise que la saisine du juge des référés sur le fondement des articles R. 541-1 et suivants du Code de justice administrative visant à obtenir le paiement d'une somme par provision, doit être regardée comme la saisine du tribunal administratif compétent au sens de l'article précité du CCAG. Elle interrompt donc bien le délai de six mois (CE, 27 janvier 2017, n° 396404).

Décompte du maître d'œuvre. L'article 12 du CCAG PI (prescriptions intellectuelles) prévoit qu'une fois le projet de décompte transmis par le titulaire, le montant du décompte est arrêté par le maître d'ouvrage. Mais, précise le Conseil d'Etat, cela n'implique pas une décision explicite du maître d'ouvrage sur le projet de décompte dès lors que ce dernier n'y a apporté aucune modification et a procédé au versement des sommes correspondantes. L'approbation définitive du décompte peut donc être implicite, empêchant toute contestation ultérieure (CE, 17 mai 2017, n° 396241).

Expertise judiciaire

L'expertise judiciaire, préalable à l'action contentieuse et particulièrement usitée, ne fait pourtant que peu souvent l'objet de décisions rendues par la Haute Juridiction. L'arrêt rendu le 14 février a été l'occasion de rappeler qu'il ne peut systématiquement être fait droit à ce type de demande ; et que, conformément à l'article R. 531-1 du Code de justice administrative, celle-ci doit être utile afin d'être ordonnée. Le Conseil d'Etat a jugé que l'utilité d'une telle demande doit être appréciée au regard de plusieurs critères, à savoir : les éléments dont le demandeur



dispose ou peut disposer par d'autres moyens ; et l'intérêt que la mesure présente dans la perspective d'un litige principal, actuel ou éventuel, auquel elle est susceptible de se rattacher. Le CE poursuit en précisant les hypothèses dans lesquelles la demande ne peut être accueillie (incompétence de la juridiction administrative, prescription...), confiant ainsi le soin au juge de vérifier si l'éventuelle demande au fond a une chance de prospérer (CE, 14 février 2017, n° 401514).

Résiliation

Résiliation aux torts et droit de suivi. Dans le cadre de la résiliation d'un marché aux torts de l'entrepreneur principal du fait de malfaçons et retards d'exécution et de la conclusion d'un marché de substitution, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur le droit de suivi de l'entrepreneur résilié. Il a jugé, se fondant sur les articles 49.5 (aujourd'hui 48.5) et 46 du CCAG travaux, que « l'entrepreneur dont le marché est résilié à ses frais et risques doit être mis à même d'user du droit de suivre les opérations exécutées par un nouvel entrepreneur dans le cadre d'un marché de substitution », et ce afin de pouvoir « veiller à la sauvegarde de ses intérêts, les montants découlant des surcoûts supportés par le maître d'ouvrage en raison de l'achèvement des travaux par un nouvel entrepreneur étant à sa charge ». Toutefois, le Conseil d'Etat souligne aussi que si l'entrepreneur résilié n'exécute pas les mesures de conservation et de sécurité prescrites par le pouvoir adjudicateur dans les conditions fixées par l'article 46 du CCAG travaux, il ne dispose pas du droit de suivre l'exécution d'office de ces mesures (CE, 9 juin 2017, n° 399382).

Résiliation à la suite d'une liquidation judiciaire. Le Tribunal des conflits a eu à se prononcer sur la répartition des compétences juridictionnelles à la suite de la résiliation d'un marché dont le titulaire a été placé en liquidation judiciaire.

C'est ainsi que, quand bien même la juridiction administrative est seule compétente à juger de la contestation relative à la validité de la résiliation d'un contrat administratif, le juge judiciaire reste compétent pour s'assurer du respect des conditions posées par l'article L. 641-11-1 du Code de commerce, à savoir les conditions de mise en œuvre de la résiliation en cas de procédure collective (T. confl., 24 avril 2017, n° C4078).

Responsabilité et exonération des constructeurs

Enfin, le Conseil d'Etat s'est prononcé sur le partage de responsabilités pour des désordres constatés dans le cadre du marché de construction d'un stade de rugby. A supposer que les conditions d'arrosage et d'utilisation du terrain, imputables au maître d'ouvrage, aient pu contribuer à l'apparition ou à l'ampleur des désordres, ces faits ne peuvent être constitutifs d'une faute du maître d'ouvrage visant à exonérer partiellement les constructeurs, énonce le juge. En effet, il a été constaté, en premier lieu, la nécessité, en raison de l'existence de désordres de nature structurelle, de procéder à la réfection complète de la pelouse et du système d'arrosage ; que les conditions d'utilisation du terrain de rugby par le maître d'ouvrage, et notamment d'arrosage, ont été jugées conformes aux prescriptions techniques élaborées par l'entrepreneur principal et les maîtres d'œuvre ; et qu'enfin, l'utilisation, même intensive, du terrain par des joueurs professionnels de rugby est bien conforme à la destination normale de cet ouvrage. En conséquence, la faute du maître d'ouvrage exonératrice ne serait-ce que partiellement de la responsabilité des constructeurs n'est pas susceptible d'être retenue, même en cas d'utilisation intensive de l'ouvrage, dès lors que celle-ci n'est pas anormale au regard des prescriptions techniques (CE, 19 avril 2017, n° 397126). ●