



Exécution des marchés publics Six mois de jurisprudence

Sélection des décisions les plus instructives
rendues au cours du premier semestre 2018.

Par Cyril Croix et Sara Nouri-Meshkati,
avocats à la Cour, SCP Seban et Associés

Pénalités pour dépassement du coût prévisionnel des travaux, conditions du maintien de la responsabilité contractuelle après réception, application de la décennale aux éléments d'équipement... Les six derniers mois de jurisprudence ont été riches d'enseignements relatifs à l'exécution des contrats publics.

Prix d'un marché de travaux

Actualisation. Par un mémoire en réclamation, le titulaire d'un marché sollicitait du maître d'ouvrage l'actualisation du prix au titre des travaux d'une tranche conditionnelle. Il obtient gain de cause. Le maître d'ouvrage fait valoir en appel que le Code des marchés publics - dans sa rédaction applicable à l'époque des faits - n'imposait pas d'actualisation du prix des tranches conditionnelles. La cour administrative d'appel (CAA) de Douai juge cependant que, si ce code ne conférait pas un droit à l'actualisation du prix en pareil cas, rien ne faisait « obstacle à ce que les parties prévoient contractuellement une telle actualisation; que le cahier des clauses administratives générales [CCAG] alors en vigueur envisageait, d'ailleurs, la

possibilité d'une actualisation du prix de chaque tranche conditionnelle ». En l'espèce, les conditions d'actualisation du prix avaient été annexées à l'acte d'engagement, de sorte qu'il s'agissait d'une pièce contractuelle liant les parties (CAA Douai, 11 janvier 2018, n° 15DA01441). A noter qu'aujourd'hui l'article 18 du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics dispose que : « Dans les marchés publics à tranches, le prix de chaque tranche est actualisable [...] »

Travaux supplémentaires

Marché global et forfaitaire. Lorsqu'il rencontre des difficultés dans le cadre de l'exécution d'un marché à prix global et forfaitaire, le titulaire ne peut se prévaloir d'un droit à indemnisation que dans deux hypothèses : survenance de sujétions imprévues ayant entraîné un bouleversement économique du contrat ou faute du maître d'ouvrage. Ainsi, la CAA de Versailles rejette-t-elle la demande de paiement de travaux supplémentaires et d'indemnisation d'un titulaire qui se prévalait de retards de planning et de pertes liées aux intempéries.

Elle relève que le titulaire n'a pas apporté la preuve d'une faute ou de choix erronés du maître d'ouvrage, de l'existence de sujétions imprévues ou du caractère indispensable des travaux supplémentaires à la réalisation de l'ouvrage (CAA Versailles, 25 janvier 2018, n°15VE01922).

Ce point est également rappelé par la CAA de Nantes. Elle juge qu'une entreprise n'avait pas droit au paiement de travaux supplémentaires à défaut d'établir « la réalité des sujétions imprévues et autres pertes d'industrie qu'elle dit avoir supportées », de justifier « que les retards du chantier seraient dus à une faute du maître de l'ouvrage » ou d'établir « que ces retards auraient eu pour effet de bouleverser l'économie de son contrat » (CAA Nantes, 30 mars 2018, n°16NT01236).

Il en va différemment en cas de faute du maître d'ouvrage. La CAA de Nancy considère ainsi que le titulaire est fondé à solliciter le paiement de travaux supplémentaires « à raison de l'allongement des délais d'exécution du marché litigieux à la suite des fautes commises par le maître d'ouvrage, dans l'estimation des besoins et dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché » (CAA Nancy, 20 mars 2018, n°16NCO1822).

Pénalités

Maître d'œuvre. Le maître d'ouvrage est en principe autorisé à appliquer des pénalités au maître d'œuvre qui dépasse le coût prévisionnel des travaux. Mais cette sanction n'est possible, en vertu de l'article 30 du décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 pris en application des articles 9 et 10 de la loi MOP, que concernant certaines phases de l'opération.

En effet, s'agissant de la phase assistance pour la passation des contrats de travaux (ACT), le maître d'ouvrage ne peut infliger de pénalités, mais seulement « refuser la proposition du maître d'œuvre et lui imposer de reprendre gratuitement ses études ». Si, après de nouvelles études, le maître d'œuvre demeure dans l'incapacité « de présenter un coût prévisionnel ne dépassant pas le seuil de tolérance », le maître d'ouvrage est autorisé à résilier son marché. Toute autre sanction, comme l'application de pénalités, est dès lors inapplicable pour cette phase, ce qui n'est pas le cas pour la phase assistance lors des opérations de réception (AOR) [CAA Lyon, 26 avril 2018, n°16LY00136].

Caractère non excessif des pénalités. La CAA de Paris juge que l'application d'une pénalité représentant 14,2% du montant total du marché, en raison de retards dans l'exécution des travaux, n'est pas manifestement excessive. En effet, les juges relèvent que le cahier des prescriptions spéciales (CPS), qui prévoyait une pénalité plus sévère que ne le faisait le CCAG, prévalait sur ce dernier document. Le maître d'ouvrage aurait même été fondé à infliger, en vertu de cette clause du CPS, des pénalités bien plus importantes (300 000 euros HT) que le montant appliqué *in fine* (150 646 euros HT). La CAA juge alors que, « dans ces conditions et compte tenu du retard très important pris par le titulaire dans l'exécution des travaux », la pénalité administrée par le maître d'ouvrage n'est pas manifestement excessive (CAA Paris, 8 juin 2018, n°17PA01124).

Responsabilité et assurance

Devoir de conseil du maître d'œuvre. La responsabilité contractuelle du maître d'œuvre peut être retenue en cas de manquement à son obligation de conseil lors de la rédaction du

procès-verbal de réception. La CAA de Versailles juge ainsi que « la responsabilité des maîtres d'œuvre pour manquement à leur devoir de conseil peut être engagée, dès lors qu'ils se sont abstenus d'appeler l'attention du maître d'ouvrage sur des désordres affectant l'ouvrage et dont ils pouvaient avoir connaissance, en sorte que la personne publique soit mise à même de ne pas réceptionner l'ouvrage ou d'assortir la réception de réserves ». Peu importe que les vices en cause aient ou non présenté « un caractère apparent lors de la réception des travaux, dès lors que le maître d'œuvre en avait eu connaissance en cours de chantier » (CAA Versailles, 15 mars 2018, n°16VE00740).

Le maître d'œuvre peut toutefois voir sa responsabilité partiellement écartée si le maître d'ouvrage a fait preuve d'imprudence, ce dernier devant supporter une part de responsabilité dans l'apparition des désordres (CAA Nantes, 27 avril 2018, n°16NT01213).

L'imprudence du maître d'ouvrage peut même totalement exonérer le maître d'œuvre de toute responsabilité, lorsqu'elle peut être qualifiée de « particulièrement grave ». Tel est le cas lorsque le maître d'ouvrage avait une parfaite connaissance des désordres et de leur étendue et a néanmoins prononcé une réception sans réserve (CAA Nancy, 30 janvier 2018, n°16NCO2728).

Maintien de la garantie contractuelle. S'agissant de désordres ayant fait l'objet de réserves à la réception, la CAA de Bordeaux rappelle que la responsabilité contractuelle des constructeurs est maintenue, tant que la levée des réserves n'a pas été prononcée et ce quand bien même le dommage ne se serait pas totalement révélé dans son étendue au moment de la réception et porterait atteinte à la destination de l'ouvrage. L'absence de levée des réserves empêche ainsi la mise en œuvre de la garantie décennale des constructeurs (CAA Bordeaux, 26 avril 2018, n°16BX01710). La CAA de Lyon rejette également la mise en œuvre de la garantie décennale au motif que « le vice et ses conséquences étaient [...] connus lors de la réception des travaux de reprise » (CAA Lyon, 11 janvier 2018, n°14LY02670).

Reprenant la jurisprudence du Conseil d'Etat « Commune du Château d'Oléron » (CE, 16 janvier 2012, n°352122, mentionné aux tables du Lebon), la CAA de Nantes juge « qu'en l'absence de stipulations particulières prévues par les documents contractuels, lorsque la réception est prononcée avec réserves, les rapports contractuels entre le maître de l'ouvrage et les constructeurs ne se poursuivent qu'au titre des travaux ou des parties de l'ouvrage ayant fait l'objet des réserves » (CAA Nantes, 6 juillet 2018, n°17NT01503).

Lorsque des désordres apparaissent postérieurement à la réception, dans le délai de garantie de parfait achèvement, le titulaire est tenu responsable, vis-à-vis du maître d'ouvrage, des désordres imputables à son sous-traitant apparu lors de la mise en service. La CAA de Bordeaux rappelle à ce titre que seules les entreprises ayant participé à la réalisation des travaux sont tenues de cette garantie et qu'en sont exclus les maîtres d'œuvre (CAA Bordeaux, 19 mars 2018, n°16BX02410).



Garantie décennale. Seuls sont soumis à la responsabilité décennale les constructeurs qui sont liés au maître d'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage, ce qui exclut, en principe, l'assistant à maîtrise d'ouvrage (AMO). Toutefois, le Conseil d'Etat juge que lorsque la mission de cet AMO ne se limite pas aux aspects administratifs et financiers de la gestion du marché, ce dernier peut être qualifié de constructeur au sens des dispositions de l'article 1792-1 du Code civil et voir, à ce titre, sa responsabilité décennale engagée comme le reste des constructeurs (CE, 9 mars 2018, « Commune de Rennes-les-Bains », n° 406205, mentionné aux tables du Lebon).

Dans cette hypothèse, comme tout autre constructeur, l'AMO devra fournir, lors de la procédure de passation du marché, une attestation d'assurance garantissant cette responsabilité. A défaut, la procédure pourra être annulée en raison d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence (CE, 26 janvier 2018, n° 414337).

Dans son arrêt « Commune de Rennes-les-Bains », le Conseil d'Etat rappelle également que « des désordres apparus dans le délai d'épreuve de dix ans, de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination dans un délai prévisible, engagent [la] responsabilité [des constructeurs], même s'ils ne se sont pas révélés dans toute leur étendue avant l'expiration du délai de dix ans ».

Pour que cette garantie puisse être mobilisée, les désordres doivent rendre l'ouvrage impropre à sa destination ou porter atteinte à sa solidité. Dans une autre décision, la Haute juridiction

Seuls sont soumis à la responsabilité décennale les constructeurs qui sont liés au maître d'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage.

administrative rappelle que les risques d'atteinte à la sécurité des personnes constituent une « impropriété » en infirmant un arrêt de cour d'appel au motif que : « La dégradation fréquente et, dans certains cas, importante des bordures de trottoirs présente un danger pour les usagers, qui est en outre de nature à s'accroître dans le temps à défaut de toute reprise ; qu'ainsi, la cour a dénaturé

les faits de l'espèce en jugeant que les désordres constatés sur les bordures de trottoir en pierre calcaire naturelle ne rendaient pas celles-ci impropres à leur destination » (CE, 6 avril 2018, n° 406089).

Cette garantie décennale ne peut être invoquée que par le propriétaire de l'ouvrage, et non par le maître d'ouvrage délégué. Cette position a été rappelée par la CAA de Bordeaux. Elle juge que, « si l'Etat, qui assume au nom et pour le compte de la commune, la direction et la responsabilité des travaux a qualité pour mettre en cause la responsabilité contractuelle des entrepreneurs et des architectes jusqu'à la réception définitive, la commune, propriétaire des ouvrages, a seule qualité, après cette réception, pour invoquer la garantie décennale qui pèse sur les constructeurs en application des principes dont s'inspirent les articles 1792 et suivants du Code civil » (CAA Bordeaux, 9 mai 2018, n° 16BX00321).

La garantie décennale s'applique aux dommages affectant la solidité des éléments d'équipement d'un ouvrage, mais seulement lorsqu'ils sont indissociables de l'ouvrage. Conformément à l'article 1792-2 du Code civil, sont considérés comme tels les

éléments qui ne peuvent être posés ou retirés « sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage », rappelle le Conseil d'Etat (CE, 26 janvier 2018, n° 414337, précité). Par ailleurs, la CAA de Bordeaux juge, au sujet d'une usine de traitement des eaux, que la défaillance d'un élément dissociable peut entraîner la garantie décennale, compte tenu de la nature et de l'activité de l'usine et des « besoins impérieux d'approvisionnement en eau potable de la population qu'elle dessert ». Le dysfonctionnement de cet élément avait en effet rendu, dans son ensemble, l'ouvrage impropre à sa destination (CAA Bordeaux, 8 février 2018, n° 15BX01701).

Assurance DO. L'assurance dommages ouvrage (DO) a pour objet, conformément à l'article L. 242-1 du Code des assurances, de préfinancer les travaux de réparation des dommages de nature décennale affectant l'ouvrage et ce sans aucune recherche de responsabilité - à charge pour l'assureur DO d'exercer ensuite ses recours contre les assureurs responsabilité décennale des constructeurs. Ainsi, en aucun cas l'assureur DO ne peut-il conditionner le versement de l'indemnité à la réalisation préalable par l'assuré des travaux de réparation (CE, 26 mars 2018, n° 405109, mentionné aux tables du Lebon). Dans ce même arrêt, le Conseil d'Etat rappelle également qu'un assureur ne peut opposer à son assuré la prescription biennale issue des articles L. 114-1 et R. 112-1 du Code des assurances si les règles relatives à la prescription prévues dans ce code, ainsi que les causes interruptives de prescription, ne sont pas reprises intégralement dans la police.

Résiliation du contrat

La résiliation aux frais et risques du titulaire après mise en demeure est pleinement justifiée s'il s'avère que celui-ci refuse d'exécuter l'intégralité des prestations de son marché (CAA Lyon, 15 février 2018, n° 16LY01386).

En revanche, si la résiliation du marché est prononcée pour motif d'intérêt général, la CAA de Douai rappelle que cette résiliation « ouvre droit, même dans le silence du contrat, à une indemnisation du titulaire » (CAA Douai, 11 janvier 2018, n° 16DA01586).

Paiement du marché

Après exécution des travaux, la Haute juridiction vient rappeler le caractère très contraignant de l'article 40.1 (aujourd'hui article 37) du CCAG prestations intellectuelles (PI) relatif au contenu du mémoire en réclamation. Pour être recevable, celui-ci doit faire état d'un « différend ». Le simple détail des sommes réclamées et les motifs de ces réclamations ne sont pas suffisants pour définir l'existence d'un « différend » (CE, 26 avril 2018, n° 407898). Il en est de même des simples échanges de courriers, y compris recommandés, se limitant à reprendre les difficultés rencontrées lors des travaux (CAA Bordeaux, 25 avril 2018, n° 16BX00905).

L'hypothèse d'un décompte général et définitif (DGD) tacite, possible depuis l'arrêt du 3 mars 2014 (NOR : EFIM1331736A) modifiant les articles 13.4.2 et suivants du CCAG travaux, en cas d'absence de réponse dans le délai de trente jours qui suit la réception de l'envoi par le titulaire du projet de décompte final, ne joue qu'à la condition que le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre aient tous deux reçu ce document. A défaut, le délai de trente jours ne peut commencer à courir (CE, 25 juin 2018, n° 417738, mentionné aux tables du Lebon). ●