



Exécution des marchés publics Six mois de jurisprudence

Sélection des décisions les plus instructives rendues par les juridictions administratives au cours du premier semestre 2019.

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

Conditions d'indemnisation des travaux supplémentaires, étendue du devoir de conseil du maître d'œuvre, sort des désordres esthétiques, constitution d'un décompte général définitif tacite, modalités d'obtention du paiement direct des sous-traitants... Les six derniers mois de jurisprudence ont été riches d'enseignements relatifs à l'exécution des contrats publics.

Pénalités

Absence de demande de prolongation. La cour administrative d'appel (CAA) de Nantes retient que le titulaire d'un marché, qui n'a pas formulé de demande de prolongation du délai d'exécution, possibilité pourtant prévue par le cahier des clauses administratives particulières (CCAP), est redevable de plein droit des pénalités de retard, et sans mise en demeure préalable. Par ailleurs, la cour rappelle qu'« aucun texte, ni aucune stipulation contractuelle n'imposait au maître d'ouvrage de faire figurer dans les décomptes mensuels les pénalités de retard applicables, dont il peut se prévaloir jusqu'à l'établissement du

décompte général et alors même que le délai contractuel d'exécution de la mission est expiré » (CAA Nantes, 25 janvier 2019, n° 17NT00625).

Cumul de sanctions. Un titulaire qui n'a pas contesté le montant des pénalités de retard dans le délai de réclamation de deux mois prévu par le cahier des clauses administratives générales relatif aux prestations intellectuelles (CCAG-PI), rendant le décompte de résiliation définitif, peut voir se cumuler la sanction d'une résiliation pour faute d'un marché et l'application de pénalités (CAA Nancy, 29 janvier 2019, n° 17NC03043 et 18NC00185).

Absence de force majeure. Lorsque le titulaire d'un marché conteste l'application de pénalités, il lui appartient de démontrer que ces dernières ne sont pas fondées. Tel n'est pas le cas en l'espèce avec la production d'un simple communiqué Météo France, insuffisant pour établir l'existence, localement, d'un cas de force majeure, et plus précisément le caractère exceptionnel, imprévisible et irrésistible des conditions météorologiques (CAA Marseille, 14 janvier 2019, n° 17MA04489).

Même sans préjudice... La CAA de Douai rappelle que les pénalités de retard servent à réparer forfaitairement le préjudice causé par le non-respect des délais d'exécution contractuellement prévus, et s'appliquent dès lors qu'un retard est constaté. Le titulaire du marché ne peut donc « utilement soutenir que le pouvoir adjudicateur n'a subi aucun préjudice ou que le préjudice qu'il a subi est inférieur au montant des pénalités mises à sa charge », afin que celles-ci soient modérées - sauf à ce qu'il démontre qu'elles présentent un caractère manifestement excessif (CAA Douai, 29 mai 2019, n° 17DAO0314).

Travaux supplémentaires

Entrée en vigueur d'une nouvelle réglementation. Pour que le titulaire soit indemnisé au titre de travaux supplémentaires non commandés en cours de chantier, encore faut-il qu'il justifie de leur caractère indispensable à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art. Faute d'élément probant suffisant, les prestations supplémentaires réalisées pour - alléguait l'entreprise - mettre les ouvrages en conformité avec de nouvelles réglementations relatives à l'amiante, n'ouvrent pas droit à paiement (CAA Nancy, 19 mars 2019, n° 17NCO2166).

Conditions de rémunération supplémentaire. La CAA de Marseille rappelle le principe selon lequel « le maître d'œuvre a droit à être rémunéré de ces missions ou prestations [supplémentaires], nonobstant le caractère forfaitaire du prix fixé par le marché, si elles ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art, ou si le maître d'œuvre a été confronté dans l'exécution du marché à des sujétions impré-

vue présentant un caractère exceptionnel et imprévisible, dont la cause est extérieure aux parties et qui ont eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat ». Mais elle rejette, ensuite, la demande du maître d'œuvre. La cour juge en effet, d'une part, que les modifications et adaptations étaient mineures et ne pouvaient être regardées comme des modifications du programme de l'opération im-

Le maître d'œuvre ne peut réclamer une rémunération complémentaire du seul fait que sa mission est prolongée.

pliquant des prestations supplémentaires. D'autre part, il n'avait pas davantage pu être démontré que les sujétions, extérieures aux parties, liées à l'allongement de la durée des travaux à la suite d'un incendie survenu sur le chantier et de retards d'entreprises, avaient eu pour effet de bouleverser l'économie du marché (CAA Marseille, 21 janvier 2019, n° 16MA00097).

La même juridiction confirme que, faute de démonstration du « caractère nécessaire de telles prestations et du bouleversement de l'économie du marché qui en aurait résulté », le maître d'œuvre « ne saurait prétendre à une rémunération complémentaire au seul constat de la prolongation alléguée de [sa] mission » (CAA Marseille, 24 janvier 2019, n° 18MA02998).

De même, la cour de Douai juge que, lorsque la prolongation du marché n'était pas consécutive à des modifications de programme ou des prestations supplémentaires décidées par le maître d'ouvrage ou son mandataire, « la circonstance que la durée de réalisation de la prestation ait dépassé celle contractuellement prévue n'est pas, à elle seule, de nature à justifier

qu'il soit fait droit à la demande pécuniaire de la société requérante » (CAA Douai, 6 mai 2019, n° 17DAO0956).

Maitres d'œuvre et responsabilités

Devoir de conseil. La responsabilité du maître d'œuvre pour manquement à son devoir de conseil peut être engagée lorsque celui-ci s'est abstenu d'attirer l'attention du maître d'ouvrage sur des désordres affectant l'ouvrage et dont il pouvait avoir connaissance en cours de chantier. La cour administrative d'appel de Nancy précise qu'« au regard des missions dont ils étaient investis et alors même que la fuite en cause n'était pas apparente à la date de réception des travaux en raison de l'enfouissement des canalisations, celle-ci était aisément décelable pour des maîtres d'œuvre normalement diligents ». Le maître d'œuvre était ainsi dans l'obligation d'avertir le maître d'ouvrage, y compris lorsqu'un tel désordre n'était pas apparent mais « aisément décelable », faisant obstacle à une réception sans réserve (CAA Nancy, 18 juin 2019, n° 18NCO2354).

Le maître d'œuvre commet également une faute dans le cadre de sa mission contractuelle de direction et d'exécution des travaux de nature à engager sa responsabilité lorsqu'il n'a pas attiré l'attention du titulaire et de son sous-traitant sur le niveau d'inflammabilité de certains matériaux alors que des travaux de soudure par points chauds étaient prévus à proximité de ces matériaux (CAA Nantes, 10 mai 2019, n° 17NT03389).

En revanche, la cour administrative d'appel de Douai juge que la responsabilité contractuelle du maître d'œuvre ne peut plus être recherchée à raison de fautes qui lui seraient reprochées dans la conception d'un ouvrage qui doit être regardé comme ayant été implicitement réceptionné (CAA Douai, 7 mars 2019, n° 16DAO0132).

De même, la cour de Marseille rappelle que « l'engagement de la responsabilité d'un maître d'œuvre à l'égard d'un constructeur intervenant dans le cadre d'un marché de travaux publics au titre de sa mission de surveillance de l'exécution du marché est subordonné à la seule existence d'un comportement du maître d'œuvre présentant un caractère fautif, eu égard à la portée de son intervention et compte tenu des propres obligations des autres constructeurs ». Elle retient qu'un maître d'œuvre n'a ainsi pas commis de faute de nature à engager sa responsabilité à l'égard de l'entreprise de travaux en s'abstenant d'émettre des réserves à la réception (CAA Marseille, 20 mai 2019, n° 18MA00612).

Garantie décennale

Absence de réception. C'est entendu, le point de départ des garanties légales des constructeurs est la réception. La cour administrative d'appel de Douai juge que, si la prise de possession peut précéder la réception, « la prise de possession effective d'un ouvrage ne suffit pas à caractériser une réception tacite de celui-ci, une telle réception étant, notamment, subordonnée à la commune intention des parties d'y procéder » (CAA Douai, 29 mai 2019, n° 17DAO1465).

Absence de désordres apparents ou désordres esthétiques. Les constructeurs ne peuvent s'exonérer de la responsabilité décennale qu'en prouvant que les désordres proviennent d'une cause étrangère à leur intervention ou relèvent, en tout ou partie, d'un cas de force majeure ou d'une faute du maître d'ouvrage.

Ainsi, lorsque certains désordres ne peuvent être considérés comme apparents lors de la réception, le maître d'ouvrage est fondé à solliciter la condamnation à réparer le préjudice en résultant, sur le fondement de la responsabilité décennale du maître d'œuvre, au même titre que celle des autres constructeurs (CAA Bordeaux, 14 mars 2019, n° 16BXO1603).

La même juridiction rappelle, par ailleurs, que des désordres qui ne sont qu'inesthétiques au regard notamment de leur emplacement, et de la destination de l'ouvrage, en l'espèce une salle de sport, ne peuvent engager la garantie décennale des constructeurs (CAA Bordeaux, 12 avril 2019, n° 17BXO1944).

Absence d'impropriété. Pour qu'un désordre puisse être qualifié de nature décennale, il doit compromettre la solidité de l'ouvrage, ou le rendre impropre à sa destination. Tel n'est pas le cas de l'éventuelle méconnaissance de la réglementation thermique à l'origine d'une surconsommation électrique dès lors que cela ne rend pas la salle de spectacle, dans laquelle la surconsommation est relevée, impropre à sa destination. Le non-respect d'exigences thermiques vagues et générales figurant dans le programme technique détaillé du marché ne permet pas non plus d'établir le caractère décennal du désordre (CAA Bordeaux, 6 juin 2019, n° 17BXO0415).

Fraude et dol et interruption de la garantie décennale.

Dans un arrêt de principe fin 2007, le Conseil d'Etat avait énoncé que « l'expiration du délai de l'action en garantie décennale ne décharge pas les constructeurs de la responsabilité qu'ils peuvent encourir, en cas de fraude ou de dol dans l'exécution de leur contrat et qui n'est soumise qu'à la prescription [trentenaire];

Dans un arrêt important en date du 25 janvier dernier, le Conseil d'Etat a reconnu pour la première fois l'existence d'un décompte général et définitif tacite.

que, même sans intention de nuire, la responsabilité trentenaire des constructeurs peut également être engagée en cas de faute assimilable à une fraude ou à un dol, caractérisée par la violation grave par sa nature ou ses conséquences, de leurs obligations contractuelles, commise volontairement et sans qu'ils puissent en ignorer les conséquences » (CE, 26 novembre 2007, n° 266423, publié au recueil Lebon). Reprenant ce considérant de principe, la

Haute juridiction administrative juge que l'emploi d'une colle non conforme aux prescriptions techniques ne constitue pas une faute assimilable à une fraude ou à un dol en l'absence d'intention frauduleuse avérée de la part du constructeur (CE, 28 juin 2019, n° 416735, mentionné aux tables du Recueil).

Il ne peut donc y avoir fraude ni dol sans une intention frauduleuse. Pour éviter d'avoir à rechercher cette responsabilité au-delà du délai de garantie décennale, il convient donc d'interrompre la garantie décennale des constructeurs. En vertu de l'article 2241 du Code civil, applicable à la responsabilité décennale des constructeurs à l'égard des maîtres d'ouvrage publics, « une demande en référé présentée par une collectivité publique, tendant à la désignation d'un expert aux fins de constater des désordres imputés à des constructeurs, ou d'en rechercher les causes, a pour effet d'interrompre le délai de

dix ans à l'expiration duquel la responsabilité de ces constructeurs ne peut plus être recherchée devant le juge administratif à raison desdits désordres » (CAA Bordeaux, 28 mars 2019, n° 17BXO0516).

Décompte

Décompte général et définitif tacite. Dans un arrêt important en date du 25 janvier dernier, le Conseil d'Etat a reconnu pour la première fois l'existence d'un décompte général et définitif tacite en application des dispositions des articles 13.4.2 et 13.4.4 du CCAG travaux.

Pour aboutir à une telle sanction pour le maître d'ouvrage, la Haute juridiction a relevé que le projet de décompte final avait bien été reçu par lui ainsi que par le maître d'œuvre. En revanche, le maître d'ouvrage n'avait apporté aucune réponse dans le délai de trente jours imparti par l'article 13.4.2 du CCAG. Le titulaire lui a donc notifié son projet de décompte général, intégrant les demandes de paiement, auquel le maître d'ouvrage était tenu de répondre dans un délai de dix jours conformément aux dispositions de l'article 13.4.4. A défaut de réponse de celui-ci dans ces dix jours, le projet de décompte général est devenu le décompte général et définitif (CE, 25 janvier 2019, n° 423331).

Délai de contestation du décompte de résiliation. Après que le groupement de maîtrise d'œuvre s'est vu notifier la résiliation du marché et le décompte de liquidation, par une stricte application des dispositions de l'article 12.32 du CCAG-PI (dans sa version de 1976), la cour administrative d'appel de Nantes confirme le rejet des demandes de versement du groupement dès lors que, en n'ayant pas adressé son mémoire en réclamation à la personne publique dans le délai imparti de 45 jours à compter de la notification du décompte, celui-ci était devenu définitif (CAA Nantes, 15 mars 2019, n° 17NT02729).

Sous-traitance

Juridiction compétente. Dans trois décisions du même jour, la cour administrative d'appel de Bordeaux rappelle que « les juridictions administratives ne sont pas compétentes pour connaître des actions en garantie engagées par les titulaires de marché public à l'encontre de leurs sous-traitants, avec lesquels ils sont liés par des contrats de droit privé ». Ces demandes relèvent exclusivement de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire (CAA Bordeaux, 5 mars 2019, n° 16BXO3154, 16BXO3172 et 16BXO3176).

Droit au paiement direct. En application de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance et de l'article 116 du Code des marchés publics en vigueur à l'époque des faits (aujourd'hui repris aux articles R. 2193-11 et suivants du Code de la commande publique), le sous-traitant doit adresser sa demande de paiement direct à l'entrepreneur principal, lequel doit donner son accord ou signifier son refus dans un délai de quinze jours à compter de la réception de cette demande. A défaut de réponse dans ce délai, le titulaire est réputé l'avoir acceptée. Il appartient dès lors au sous-traitant d'adresser sa demande de paiement au pouvoir adjudicateur, accompagnée des factures et de l'accusé de réception. La preuve de cette notification et du contenu des demandes est essentielle, car, à défaut d'élément probant, le maître d'ouvrage n'est pas tenu de régler les sommes (CAA Douai, 25 avril 2019, n° 17DA00023). ●