



Exécution des marchés publics Six mois de jurisprudence

Sélection des décisions les plus instructives
rendues au cours du second semestre 2019.

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

Comment contester la répartition des pénalités de retard au sein d'un groupement ? Le sous-traitant peut-il se faire payer directement par le mandataire du maître d'ouvrage ? Le constructeur a-t-il droit à rémunération pour les travaux supplémentaires réalisés à la suite d'actes de vandalisme sur le chantier ? Les désordres esthétiques donnent-ils prise à la décennale ? Les six derniers mois de jurisprudence ont été riches d'enseignements relatifs à l'exécution des contrats publics.

Pénalités de retard

Dépassement des délais intermédiaires. Dans un arrêt important, le Conseil d'Etat rappelle deux points essentiels en matière de pénalités de retard. Le premier est la liberté contractuelle, à savoir que, si le CCAG travaux prévoit en principe l'application de pénalités journalières sur le montant de l'ensemble du marché, les parties peuvent convenir d'une application en cours de travaux. Le second point a trait à la nécessité de rédiger

des clauses particulièrement précises et claires quant à la mise en œuvre de ces pénalités. En l'espèce, le maître d'ouvrage avait appliqué des pénalités « tâche par tâche », le marché prévoyant, lui, l'application de pénalités en cas de « dépassement de délais intermédiaires définis dans le planning d'exécution ».

La haute juridiction valide ainsi la possibilité d'appliquer des pénalités en cours de travaux, mais censure l'erreur d'interprétation faite par le maître d'ouvrage. Les tribunaux devant s'en tenir à une application stricte du contrat, les termes de celui-ci doivent être suffisamment précis (CE, 15 juillet 2019, n° 422321).

Imprudence du maître d'ouvrage. La cour administrative d'appel de Lyon a retenu que le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre avaient fait preuve d'imprudence en choisissant une offre dont ils connaissaient la non-conformité aux exigences posées par les documents de la consultation. « Le report du début des travaux qui a découlé de cette non-conformité n'est dès lors pas imputable au seul [titulaire du marché] pour le calcul

des pénalités de retard. » Ainsi, celles-ci ne peuvent lui être appliquées qu'au regard du nombre de jours de retard qui lui sont réellement imputables, l'imprudence du maître d'ouvrage ne pouvant pas lui être attribuée (CAA Lyon, 2 septembre 2019, n° 17LY00687).

Contestation des pénalités et faute du mandataire.

Le Conseil d'Etat rappelle les conditions dans lesquelles les membres d'un groupement peuvent contester - outre « l'existence de retards imputables au groupement ainsi que le principe ou le montant des pénalités de retard qui lui sont infligées par le maître d'ouvrage, dans le cadre du règlement financier de leur part de marché » - la répartition des pénalités ressortant du décompte général du groupement. Il est précisé que cette répartition doit être contestée en présentant des « conclusions dirigées contre les autres sociétés membres du groupement tendant au règlement, par le juge administratif, de la répartition finale de ces pénalités entre elles ». Enfin, le Conseil d'Etat rappelle la possibilité pour les membres du groupement de rechercher la responsabilité du mandataire commun ayant commis une faute en communiquant « des indications erronées, imprécises ou insuffisantes » au maître d'ouvrage (CE, 2 décembre 2019, n° 422615, mentionné aux tables du recueil Lebon).

Sous-traitance

Droit au paiement direct. La CAA de Marseille rappelle qu'en application de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, la facture d'un sous-traitant agréé doit être payée par le maître d'ouvrage après accord de l'entrepreneur principal ou en l'absence de réponse de sa part dans un délai de quinze jours. La cour considère sans incidence le fait que la facture n'ait pas été clairement libellée au nom du maître d'ouvrage; tout comme le fait que le sous-traitant n'ait pas transmis sa demande de paiement direct au maître d'ouvrage en même temps que la facture adressée au titulaire du marché, comme le Code des marchés publics l'imposait pourtant à l'époque des faits (CAA Marseille, 3 septembre 2019, n° 19MA00474). La demande doit toutefois être adressée en « temps utile », ce qui n'est pas le cas lorsqu'elle est transmise « après la notification du décompte général du marché au titulaire », sans qu'il soit nécessaire de rechercher si le décompte était devenu définitif (CE, 2 décembre 2019, n° 425204, mentionné aux tables).

Ce droit au paiement direct du sous-traitant ne joue cependant qu'à la condition que les prestations réalisées relèvent effectivement de son champ d'application et que le contrat présente bien les caractéristiques d'un contrat d'entreprise. Tel n'est pas le cas lorsque la prestation confiée par le titulaire du marché public ne porte pas sur l'exécution d'une partie des prestations mais sur la seule « fourniture d'éléments de construction », et ce alors même que le cocontractant avait été accepté en qualité de sous-traitant par le maître d'ouvrage et que ses conditions de paiement avaient été agréées (CAA Bordeaux, 30 juillet 2019, n° 17BX02501).

Action directe du sous-traitant contre le mandataire du maître d'ouvrage. Dans le cas où le maître d'ouvrage a conclu une convention de mandat de maîtrise d'ouvrage publique, en application de l'article 3 de la loi du 12 juillet 1985 dite « MOP » (aujourd'hui codifié à l'article L. 2422-5 du Code de la commande publique), le Conseil d'Etat précise que « le juge, saisi d'une action en paiement

direct par un sous-traitant, peut mettre à la charge du mandataire le versement des sommes éventuellement dues si et dans la mesure où il résulte de l'instruction devant lui que ce versement est au nombre des missions qui incombent au mandataire en vertu du contrat qu'il a conclu avec le maître d'ouvrage » (CE, 18 septembre 2019, n° 425716, mentionné aux tables).

Sous-traitance irrégulière. Le maître d'ouvrage qui a connaissance d'une sous-traitance irrégulière commet une faute en ne prenant pas de mesures visant à mettre fin à cette situation, et peut se voir imposer de payer directement le sous-traitant irrégulier. Encore faut-il établir de telles circonstances. La cour de Lyon a ainsi écarté, dans un litige jugé en septembre, toute existence d'une faute du maître d'ouvrage, dans la mesure où il n'est pas démontré que ce dernier avait connaissance de la présence d'un sous-traitant irrégulier sur le chantier, et plus précisément de la nature de son intervention et de ses liens avec l'entreprise principale (CAA Lyon, 2 septembre 2019, n° 17LY02724).

Dépassement du plafond de l'acte de sous-traitance.

Lorsque les prestations réalisées par le sous-traitant excèdent celles prévues à l'acte spécial et conduisent à un dépassement des sommes dues au titre du paiement direct par le maître d'ouvrage, ce dernier doit « mettre en demeure le titulaire du marché ou le sous-traitant de prendre toute mesure utile pour mettre fin à cette situation ou pour la régulariser, à charge pour le titulaire du marché, le cas échéant, de solliciter la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité et celle de l'acte spécial afin de tenir compte d'une nouvelle répartition des prestations avec le sous-traitant ». A défaut, le maître d'ouvrage commet une faute de nature à engager sa responsabilité. Néanmoins, comme le précise le Conseil d'Etat, sa responsabilité peut être atténuée au regard du comportement du titulaire du marché qui aurait dû soumettre à l'agrément les conditions de paiement du sous-traitant pour les prestations en cause, et de ce même sous-traitant qui aurait dû s'assurer de la régularisation de sa situation (CE, 2 décembre 2019, n° 422307, mentionné aux tables).

Travaux supplémentaires

Vandalisme. Après avoir rappelé le principe selon lequel « le titulaire d'un marché à prix forfaitaire a droit au paiement des travaux supplémentaires qui, bien qu'ils aient été réalisés sans ordre de service du maître d'ouvrage, ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art », la cour de Douai a rejeté la demande de rémunération complémentaire de l'entreprise de travaux correspondant au remplacement de vitrages à la suite d'actes de vandalisme. Ces travaux ont en effet été réalisés en exécution du marché et ont été rendus nécessaires du fait de la négligence du titulaire à assurer la protection des constructions et ouvrages réalisés dont il avait la charge en phase chantier (CAA Douai, 31 juillet 2019, n° 17DA00701).

Travaux indispensables. A l'inverse, la CAA de Nantes a jugé que donnaient droit à rémunération les travaux de pose d'un revêtement de sol par l'entreprise l'ayant mis en œuvre et ce afin de procéder à un ragréage de la dalle béton exécutée par le titulaire du lot gros œuvre. Ces travaux ont été considérés comme indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art « eu égard à l'impossibilité constatée de faire fonctionner correctement les portes en cause avant les opérations de reprise des sols ». Peu importe que la société titulaire →

du lot revêtement de sol n'ait pas assisté à la réception des supports livrés par l'entreprise de gros œuvre, dès lors qu'il n'est pas démontré que cette absence aurait eu une incidence sur le litige (CAA Nantes, 29 novembre 2019, n° 18NTO0681).

Responsabilité du maître d'œuvre

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 eu connaissance en cours de chantier. La CAA de Nancy précise que « le caractère apparent ou non des vices en cause lors de la réception est sans incidence sur le manquement du maître d'œuvre à son obligation de conseil, dès lors qu'il avait eu connaissance de ces vices en cours de chantier ». Il en va ainsi de l'absence de proposition de réserve relative à l'insuffisance de puissance d'un transformateur d'un stade de football (CAA Nancy, 3 décembre 2019, n° 17NC03032).

Toutefois, pour qu'une telle responsabilité soit mise en œuvre, encore faut-il que l'intervenant poursuivi ait bien la qualité de maître d'œuvre. Ce n'est pas le cas lorsqu'il est avéré que la maîtrise d'œuvre des travaux était assurée par le maître d'ouvrage, quand bien même l'intervenant avait été chargé de fournir des plans d'exécution (CAA Bordeaux, 26 novembre 2019, n° 17BX02518).

Missions de conception. Le Conseil d'Etat rappelle que « la réception de l'ouvrage met fin aux rapports contractuels entre le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre en ce qui concerne les prestations indissociables de la réalisation de l'ouvrage, au nombre desquelles figurent, notamment, les missions de conception de cet ouvrage ». Par suite, il estime qu'une CAA a « commis une erreur de droit en jugeant que la réception de l'ouvrage ne fait pas obstacle à ce que la responsabilité contractuelle des maîtres d'œuvre soit recherchée à raison des fautes de conception qu'ils ont éventuellement commises » (CE, 2 décembre 2019, n° 423544, mentionné aux tables).

Garantie décennale

Désordres connus du maître d'ouvrage. Il est désormais de jurisprudence constante que des désordres évolutifs peuvent revêtir une gravité décennale et ouvrir droit à garantie si, bien qu'appareils à la réception ou réservés lors de celle-ci, ils ne se révèlent que postérieurement dans leur ampleur et leur gravité. La cour de Lyon a toutefois rappelé que ce principe ne s'applique pas dès lors que les désordres, apparus après la réception, étaient de même nature et avaient la même cause que ceux apparus pendant les travaux et ceux réservés lors de la réception. Il ne peut donc y avoir de mise en œuvre de la garantie décennale si le maître d'ouvrage ne pouvait ignorer les désordres (CAA Lyon, 4 juillet 2019, n° 17LY01696).

Font chou blanc les constructeurs qui tentent de se prévaloir d'un rapport d'expertise judiciaire selon lequel le maître d'ouvrage avait fait preuve de « passivité dans la gestion des désordres pourtant apparus dans les deux jours suivant la mise en service de l'installation », et qui était resté « très en retrait dans les deux années qui ont suivi cette apparition ». Pour la cour de Bordeaux, ces manquements ne sont nullement de nature à écarter la responsabilité des constructeurs dès lors qu'il a été

démonstré que ces désordres « trouvent leur origine dans des erreurs de conception et des malfaçons » et que le maître d'ouvrage n'a pris aucune part dans la conception, la réalisation et la direction des travaux (CAA Bordeaux, 25 juillet 2019, n° 17BX01725).

Désordres esthétiques. Si les magistrats de l'ordre judiciaire considèrent, sous certaines conditions, que des désordres simplement esthétiques peuvent entraîner la garantie décennale des constructeurs (Cass. 3^e civ., 4 avril 2013, n° 11-25198, publié au Bulletin), cette approche est fréquemment écartée par les juridictions administratives, ce que rappelle la cour de Bordeaux. En effet, celle-ci a jugé que « si le site concerné, par son intérêt patrimonial et touristique, justifie des aménagements urbains de qualité, le désordre, par son caractère circonscrit et sa faible visibilité, n'affecte pas l'esthétique du lieu dans une mesure telle qu'il rendrait l'ouvrage objet du marché impropre à sa destination » (CAA Bordeaux, 25 juillet 2019, n° 17BX01902).

Cette décision peut cependant laisser penser qui si les désordres esthétiques avaient été moins « circonscrits » et plus visibles, la notion de gravité décennale aurait pu être retenue au regard de la nature même du site.

Décompte général définitif

Caractère définitif. Nul n'ignore, depuis 1961, que « l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché public de travaux est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde arrêté lors de l'établissement du décompte définitif détermine les droits et obligations définitifs des parties » (CE, 8 décembre 1961, n° 44994).

La garantie
décennale ne
peut pas être
mise en œuvre
si le maître
d'ouvrage ne
pouvait ignorer
les désordres.

L'intangibilité et l'indivisibilité du décompte général et définitif sont systématiquement rappelées par les juridictions administratives. La cour de Paris a ainsi écarté une demande de paiement présentée par un mémoire en réclamation antérieurement à l'établissement du décompte mais non mentionnée dans celui-ci, lequel a été signé sans réserve par le titulaire. Cette absence de réserve donne donc un

caractère définitif au décompte, et la somme due au titre des travaux supplémentaires ne peut plus être réclamée (CAA Paris, 9 octobre 2019, n° 17PA23213).

Délai d'acheminement. Selon l'article 12.32 du CCAG applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles à l'époque des faits, le prestataire dispose d'un délai de quarante-cinq jours à compter de la date à laquelle il a reçu notification du décompte de résiliation pour faire parvenir à la personne publique un mémoire en réclamation. S'il entend contester ce décompte, le titulaire doit démontrer qu'il a remis aux services postaux son mémoire de contestation « en temps utile ». La cour de Lyon a estimé qu'en remettant son mémoire à la poste trois jours avant l'expiration du délai de quarante-cinq jours, le titulaire « ne peut être regardé comme ayant accompli les diligences utiles pour permettre la réception de son mémoire avant l'expiration du délai » imparti, et ce même si le délai d'acheminement (sept jours) « a été anormalement long » (CAA Lyon, 17 octobre 2019, n° 17LY02069). ●