



## Exécution des marchés publics Six mois de jurisprudence

Notre sélection des décisions les plus instructives  
rendues au cours du second semestre 2020.

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

**P**oursuite des rapports contractuels après la réception, étendue du devoir de conseil du maître d'œuvre, action du maître d'ouvrage contre le sous-traitant, droit à rémunération supplémentaire... La jurisprudence des six derniers mois a été riche d'enseignements relatifs à l'exécution des contrats publics.

### Réception

**Fin des rapports contractuels.** La cour administrative d'appel (CAA) de Lyon applique le principe selon lequel la réception d'un ouvrage met fin aux rapports contractuels entre le maître d'ouvrage et les constructeurs. Elle rejette ainsi le recours, exercé sur le fondement contractuel, d'une commune à l'encontre d'une entreprise de travaux. En effet, à la date de constatation du désordre, la collectivité avait déjà réglé le solde du marché et pris possession de l'ouvrage, de sorte qu'il pouvait en être déduit une intention commune des parties de procéder à la réception définitive et sans réserves des travaux. La cour souligne que la collectivité n'avait pas recherché cette responsabilité contractuelle au titre de la garantie de parfait achèvement (GPA), alors que celle-ci courait à compter de la réception des travaux et ce, en principe, pour un délai d'un an (CAA Lyon, 25 août 2020, n° 19LY00297).

Toutefois, s'agissant d'une réception avec réserves et en l'absence de stipulations contraires, les rapports contractuels entre le maître d'ouvrage et les constructeurs se poursuivent au titre des travaux ou des parties de l'ouvrage ayant fait l'objet des réserves jusqu'à ce que celles-ci aient été expressément levées, nonobstant l'expiration du délai de GPA. La cour de Bordeaux réfute l'argumentation d'un constructeur soutenant que les réserves formulées à la réception étaient sans lien avec l'origine des désordres d'infiltration affectant un bâtiment scolaire, et confirme le maintien des relations contractuelles entre les parties (CAA Bordeaux, 29 juillet 2020, n° 18BX03171).

**Départ de la garantie décennale.** Autre effet classique de la réception sans réserves : elle constitue le point de départ de la garantie décennale des constructeurs au titre des articles 1792 et suivants du Code civil. Celle-ci ne peut donc être mise en œuvre si l'ouvrage n'a pas fait l'objet d'une réception expresse ou tacite. La CAA de Douai, jugeant qu'aucun des lots du marché n'avait fait l'objet d'une réception expresse et que la prise de possession des lieux (ouverture de l'école maternelle) ne pouvait, à elle seule, permettre de déduire l'existence d'une réception tacite, en conclut que le litige ne pouvait logiquement pas se régler sur

le terrain de la responsabilité décennale (CAA Douai, 30 juillet 2020, n° 19DA01681).

**Demande de provision.** Dans le cadre d'une demande de provision en référé, la cour de Bordeaux rappelle que la réception demeure sans effet sur les droits et obligations financiers nés de l'exécution du marché, à raison notamment de retards ou de travaux supplémentaires, dont la détermination intervient définitivement lors de l'établissement du solde dans le décompte définitif. Elle rejette toutefois la demande d'indemnisation formulée par le maître d'ouvrage, faute pour l'obligation dont il se prévaut d'être non sérieusement contestable. En effet, il convenait d'apprécier si les travaux supplémentaires litigieux (dévoilements, étanchéisation, création d'un dispositif de récupération des condensats) étaient nécessaires à l'achèvement de l'ouvrage dans les règles de l'art ou constituaient une plus-value. L'entreprise soutenait notamment qu'elle n'était pas tenue contractuellement à une étanchéité à l'eau des carreaux, mais seulement à l'air (CAA Bordeaux, 11 septembre 2020, n° 20BX00063).

### Responsabilité des constructeurs

**Devoir de conseil.** Par cette décision intéressante, le Conseil d'Etat vient une nouvelle fois préciser l'étendue du devoir de conseil du maître d'œuvre. Il incombe à celui-ci de signaler « l'entrée en vigueur, au cours de l'exécution des travaux, de toute nouvelle réglementation applicable à l'ouvrage, afin que le maître d'ouvrage puisse éventuellement ne pas prononcer la réception et décider des travaux nécessaires à la mise en conformité de l'ouvrage ». Sa responsabilité est ainsi retenue dès lors qu'il n'a pas signalé l'entrée en vigueur de nouvelles normes acoustiques ayant un impact sur le projet. Celle-ci n'est néanmoins que partielle : une part de responsabilité de 20 % est appliquée à la commune qui a commis une faute dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle en ce qu'elle était censée connaître ladite nouvelle réglementation (CE, 10 décembre 2020, n° 432783, mentionné dans les tables du Recueil).

A l'inverse, aucun manquement du maître d'œuvre à son devoir de conseil ne peut être retenu s'il n'est pas établi que le désordre était présent ou susceptible d'être décelé en cours de chantier ou encore que ce professionnel a eu connaissance de défauts d'exécution en lien avec ce désordre. Cette décision est également l'occasion de rappeler que l'action en garantie décennale n'est ouverte qu'au maître d'ouvrage ou à l'acquéreur de l'ouvrage (CAA Nantes, 16 octobre 2020, n° 19NT02658).

**Recours de l'entrepreneur contre le maître d'œuvre.** La cour de Lyon fait une application du principe dégagé par le Conseil d'Etat (CE, 5 juillet 2017, n° 396430, mentionné dans les Tables) permettant à l'entrepreneur de rechercher la responsabilité quasi délictuelle du maître d'œuvre, c'est-à-dire pour faute sans qu'il n'y ait de lien contractuel entre eux, en vue d'obtenir l'indemnisation des conséquences onéreuses des difficultés rencontrées dans le cadre de l'exécution de son marché. Ici, l'entreprise se plaignait notamment d'une période de préparation anticipée, de la carence du maître d'œuvre ou encore de modifications du projet. Mais la juridiction ne retient aucune faute du maître d'œuvre et met en avant que l'entrepreneur ne pouvait ignorer les risques encourus « en soumissionnant à des prix qui ne couvraient pas un aléa détecté dès le stade de la mise en concurrence » (CAA Lyon, 2 juillet 2020, n° 18LY00138).

**Engagement solidaire.** Les entreprises qui s'engagent conjointement et solidairement envers le maître d'ouvrage à réaliser une opération de construction s'engagent aussi, en l'absence de stipulations contraires, conjointement et solidairement à réparer le préjudice subi du fait de manquements dans l'exécution de leurs obligations contractuelles. Un constructeur ne peut donc se dégager de sa responsabilité vis-à-vis de ses cotraitants au motif qu'il n'a pas réellement participé aux travaux révélant de tels manquements, que si une convention, à laquelle le maître d'ouvrage est partie, fixe la part qui lui revient dans l'exécution des travaux. En l'espèce, l'annexe de l'acte d'engagement du marché de maîtrise d'œuvre révélait bien que la requérante avait participé à chaque élément de la mission, excepté celui relatif à l'assistance à passation des contrats de travaux (CAA Bordeaux, 30 novembre 2020, n° 18BX02594).

**Appel en garantie.** La cour de Lyon rappelle qu'un constructeur dont la responsabilité décennale est recherchée par un maître d'ouvrage n'est fondé à demander à être garanti par un autre constructeur que si, et dans la mesure où, les condamnations qu'il supporte correspondent à un dommage imputable à ce dernier (CAA Lyon, 8 juillet 2020, n° 18LY04287).

**Evaluation du préjudice et TVA.** En vertu du principe de réparation intégrale du préjudice, le maître d'ouvrage est fondé à récupérer l'ensemble des frais, s'ils sont justifiés, exposés en raison de désordres incombant aux constructeurs. Il en va ainsi

Durant les travaux,  
le maître d'œuvre  
doit signaler  
l'entrée en vigueur  
de toute nouvelle  
règle applicable  
à l'ouvrage.

de la TVA (CE, 20 février 1976, « Talbourdeau »), élément indissociable du coût des travaux, sauf à démontrer que le maître d'ouvrage puisse la déduire, en tout ou partie. La CAA de Lyon rappelle qu'il appartient aux constructeurs d'apporter les éléments permettant de remettre en cause la présomption

de non-assujettissement des collectivités territoriales à la TVA et d'établir que son montant ne devait pas être inclus dans celui du préjudice indemnizable (CAA Lyon, 22 octobre 2020, n° 18LY03397).

**Garantie de parfait achèvement (GPA).** La cour de Nantes énonce à nouveau les conditions de prolongation de la GPA. En effet, alors que le délai de garantie, en principe d'un an à compter de la réception, se prolonge automatiquement pour les désordres réservés à la réception, jusqu'à ce qu'ils soient définitivement réglés, il en va différemment de ceux apparus postérieurement à la réception et signalés au cours de l'année de garantie. En application de l'article 44.2 du CCAG travaux, ce délai doit en effet être prolongé par une décision expresse du maître d'ouvrage. A peine de forclusion, toute action juridictionnelle doit également être introduite durant ce délai. C'était tout l'enjeu de cette affaire où des désordres étaient apparus, après la réception, sur un dallage à la suite de travaux d'aménagement. Contrairement à ce qui était soutenu, l'action du maître d'ouvrage n'était pas prescrite dès lors que ces nouveaux désordres avaient bien été signalés, et surtout que, par un courrier réceptionné avant l'expiration du délai de la GPA, la prolongation du délai concernant les désordres susmentionnés avait bien été prononcée (CAA Nantes, 2 octobre 2020, n° 19NT00274).



### Sous-traitance

**Sous-traitant de second rang.** En application de l'article 6 de la loi de 1975 relative à la sous-traitance, seul le sous-traitant direct du titulaire du marché peut bénéficier du droit au paiement direct par le maître d'ouvrage. En outre, lorsque ce dernier apprend que le sous-traitant direct a confié à un sous-traitant l'exécution d'une partie du marché sans lui délivrer une caution ou une délégation de paiement, il doit le mettre en demeure de régulariser la situation, faute de quoi il engage sa responsabilité délictuelle. Tels sont les principes que vient de rappeler la CAA de Nantes. Mais elle ne retient en définitive aucune faute du maître d'ouvrage dès lors qu'il n'est pas démontré que, en dehors des prestations de plomberie, qui ont fait l'objet d'un agrément, celui-ci avait connaissance de l'intervention effective du sous-traitant de second rang sur le chantier pour des prestations, entre autres, de chauffage (CAA Nantes, 10 juillet 2020, n° 19NT01026).

**Déclaration de sous-traitance.** Toujours en application de la loi de 1975, le sous-traitant peut bénéficier du droit au paiement direct à la double condition que le maître d'ouvrage l'ait accepté et ait agréé ses conditions de paiement. Or, dans cette affaire, la déclaration de sous-traitance n'avait pas été signée par le titulaire du marché et le maître d'ouvrage, mais seulement par le sous-traitant, de sorte que les conditions d'agrément n'étaient pas remplies. S'agissant du fondement délictuel, la cour de Lyon ne retient aucune faute du maître d'ouvrage qui n'avait été informé de l'intervention de ce sous-traitant qu'après la réalisation de ses prestations (CAA Lyon, 22 octobre 2020, n° 18LY04737).

**Responsabilité du sous-traitant.** Si, par principe, faute de lien contractuel entre eux, le maître d'ouvrage ne peut pas engager d'action contractuelle à l'égard d'un sous-traitant, une action quasi délictuelle est possible en cas de faute de ce dernier. Mais elle reste résiduelle et fortement encadrée, dès lors que le maître d'ouvrage a normalement la possibilité d'engager une action contractuelle contre le titulaire du marché pour l'ensemble des travaux réalisés, y compris ceux sous-traités. Il ne peut ainsi pas se prévaloir, dans le cadre d'une action quasi délictuelle, de la méconnaissance des stipulations du contrat de sous-traitance, mais peut invoquer la violation des règles de l'art ou le non-respect de dispositions législatives et réglementaires, souligne la cour de Douai (CAA Douai, 29 septembre 2020, n° 18DA01593).

### Réclamation

**Mémoire en réclamation.** En application des articles 3.4.5 et 50.1.1 du CCAG travaux, le différend entre le titulaire du marché et le maître d'ouvrage doit, avant toute instance contentieuse, faire l'objet d'un mémoire en réclamation. La CAA de Lyon rappelle que si l'entrepreneur pouvait présenter une réclamation en cours d'exécution de marché, il ne pouvait être dispensé de former, après la notification du décompte général, un mémoire en réclamation. En l'espèce, le courrier adressé après la notification du décompte général ne peut constituer un tel mémoire, dès lors qu'il ne reprenait pas les demandes que le titulaire du marché entendait maintenir, sachant que, postérieurement à ce courrier, le maître d'ouvrage avait proposé de lui verser une rémunération complémentaire. Le décompte est par conséquent devenu définitif (CAA Lyon, 24 septembre 2020, n° 20LY00608).

Dans le cadre d'un litige intervenu entre le maître d'œuvre et un entrepreneur, relatif au décompte du marché, était soulevée

l'irrecevabilité des demandes de ce dernier en raison du soi-disant non-respect des dispositions de l'article 50.21 du CCAG travaux (qui oblige, dans un délai imparti sous peine de forclusion, à transmettre un mémoire complémentaire). La cour de Nantes retient que le litige en question ne portait en réalité pas sur un différend né antérieurement à la procédure d'établissement du décompte, imposant le respect des dispositions précitées, mais sur le contenu même du décompte général à établir à la suite de l'envoi par l'entrepreneur, au maître d'ouvrage et au maître d'œuvre, de son projet de décompte final. Elle écarte ainsi toute forclusion (CAA Nantes, 17 juillet 2020, n° 19NT00405).

### Compétence juridictionnelle

**Association non transparente.** Dans cette affaire, le Tribunal des conflits retient que le marché signé entre l'association Philharmonie de Paris et un groupement d'entreprises est un contrat de droit privé. Cet organisme n'a pas été considéré comme « transparent » et agissant au nom et pour le compte de l'Etat et de la Ville de Paris, pourtant à l'origine de sa création. En effet, aucune de ces personnes publiques ne contrôle, seule ou conjointement avec l'autre, l'organisation et le fonctionnement, ni ne procure l'essentiel des ressources de l'association. Par suite, la demande en paiement formée par le sous-traitant régulièrement accepté à l'encontre du maître d'ouvrage relève de la compétence de la juridiction judiciaire (TC, 6 juillet 2020, n° C4191).

**Recours entre constructeurs.** Depuis une décision ancienne (TC, 24 novembre 1997, n° 3060, publiée au Bulletin), le litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des participants à l'exécution de ces travaux relève

de la compétence de la juridiction administrative, sauf si les parties en cause sont unies par un contrat de droit privé, sans qu'il y ait lieu de rechercher si elles sont liées au maître d'ouvrage par un contrat de droit public. Par suite, la cour de Nantes écarte logiquement le

de la compétence de la juridiction administrative, sauf si les parties en cause sont unies par un contrat de droit privé, sans qu'il y ait lieu de rechercher si elles sont liées au maître d'ouvrage par un contrat de droit public. Par suite, la cour de Nantes écarte logiquement le moyen soulevé par une des entreprises du groupement de maîtrise d'œuvre selon lequel la juridiction administrative serait incompétente pour connaître des conclusions dirigées contre elle par d'autres constructeurs. Ils n'étaient en effet liés par aucun contrat de droit privé. La solution aurait été différente s'agissant d'une action dirigée contre l'assureur d'un constructeur, au titre de ses obligations de droit privé (CAA Nantes, 17 juillet 2020, n° 18NT03224; voir aussi TC, 15 avril 2013, n° 3892, Bull.).

Une demande de rémunération supplémentaire doit être justifiée dans un mémoire en réclamation.

### Rémunération supplémentaire

**Principes.** La cour de Lyon vient confirmer qu'en dehors du cas où elle s'avérerait nécessaire au respect des règles de l'art, une prestation n'engage le maître d'ouvrage à rémunération que si l'entreprise l'a réalisée conformément aux spécifications contractuelles ou en exécution d'un ordre de service. Toute demande de rémunération supplémentaire doit être pleinement justifiée dans un mémoire en réclamation. En outre, lorsque l'entreprise a droit à l'indemnisation des surcoûts, ceux-ci doivent être établis de la même façon que le marché principal, soit au prix unitaire, soit de manière forfaitaire (CAA Lyon, 2 juillet 2020, n° 17LY02613).



Le changement de technique décidé à la seule initiative du titulaire du marché de travaux ne peut donner lieu à rémunération complémentaire (CAA Bordeaux, 9 juillet 2020, n° 18BX00750).

**Cause extérieure aux parties.** Lorsque la durée des travaux a été prolongée, le titulaire ne peut prétendre à une rémunération que si cela a entraîné des modifications exigées par le maître d'ouvrage. Si tel n'est pas le cas, la CAA de Douai rappelle qu'en cas de marché forfaitaire, la rémunération supplémentaire est toutefois possible lorsque les travaux ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art, ou si le titulaire a été confronté dans l'exécution du marché à des sujétions présentant un caractère exceptionnel et imprévisible dont la cause est extérieure aux parties et bouleversant l'économie du contrat. Ces conditions n'étaient pas réunies en l'espèce, le maintien d'échafaudages ne pouvant être considéré comme indispensable à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art (CAA Douai, 8 octobre 2020, n° 19DA02258). La « cause extérieure aux parties » n'est pas davantage caractérisée lorsque les travaux supplémentaires sont dus à des manquements du maître d'ouvrage dans le suivi et le contrôle des travaux, qui ont aussi contribué aux difficultés d'exécution rencontrées par le titulaire (CAA de Nancy, 13 octobre 2020, n° 18NCO1258).

**Marché de maîtrise d'œuvre.** Le maître d'œuvre titulaire d'un marché forfaitaire n'a droit à une rémunération complémentaire que dans l'hypothèse d'une modification de programme ou d'une modification de prestations décidées par le maître d'ouvrage, ou s'il apporte la preuve qu'une nouvelle mission non comprise dans sa mission complète de maîtrise d'œuvre aurait été indispensable à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art (CAA Paris, 7 juillet 2020, n° 17PA24064).

### Expertise, interruption, suspension de délai

**Contrat d'assurance.** La cour de Bordeaux a fait droit à la demande d'un assureur d'infirmier une ordonnance de référé lui ayant étendu les opérations d'expertise à la suite d'un sinistre.

Il estimait que ses garanties n'étaient pas susceptibles d'être mobilisées au motif que, à la date de la première réclamation du maître d'ouvrage, le contrat était résilié. La cour lui a donné raison sur le fondement de l'article L. 251-2 du Code des assurances, selon lequel le contrat d'assurance qui trouve à s'appliquer est celui en cours au moment de la première réclamation de la victime d'un dommage. Il en est de même lorsqu'un sinistre est susceptible de mettre en jeu la garantie apportée par plusieurs contrats successifs, le sinistre est couvert en priorité par le contrat en vigueur au moment de la première réclamation (CAA Bordeaux, 5 septembre 2020, n° 20BX00900).

**Garantie de parfait achèvement.** Si la réception met fin aux relations contractuelles, les constructeurs restent tenus pendant une année à la GPA. La cour de Bordeaux a considéré qu'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 a pour effet d'interrompre le délai d'un an à l'expiration duquel la responsabilité de ces constructeurs ne peut plus être recherchée devant le juge administratif à raison de ces désordres sur le fondement de la garantie de parfait achèvement. Ce délai commence à courir à nouveau à compter de l'ordonnance statuant sur la demande d'expertise. » Il convient toutefois d'insister sur le fait que cette interruption - et non pas suspension - ne vaut que pour les désordres énoncés dans la requête (CAA Bordeaux, 12 octobre 2020, n° 18BX02136).

**Garantie décennale.** S'agissant de la garantie décennale, le Conseil d'Etat juge depuis longtemps que la demande de référé interrompt le délai de prescription, faisant courir un délai de même durée. Il précise désormais aussi que « lorsque le juge fait droit à cette demande, le même délai est suspendu jusqu'à la remise par l'expert de son rapport au juge », étant toutefois précisé que cette suspension ne joue que pour le demandeur ou pour tous ceux qui se sont associés à sa demande (CE, 20 novembre 2020, n° 432678, mentionné aux Tables du Recueil). ●