



## Exécution des marchés publics Six mois de jurisprudence

Notre sélection des décisions les plus instructives rendues au cours du premier semestre 2021.

Par Cyril Croix, avocat, LMT Avocats.

**D**evoir de conseil du maître d'œuvre à la réception des travaux, droit à rémunération supplémentaire des constructeurs, impact de la saisine du comité consultatif interrégional de règlement amiable des litiges sur le délai de recours contentieux... La jurisprudence des six derniers mois a été riche d'enseignements relatifs à l'exécution des contrats publics.

### Responsabilité et rémunération du maître d'œuvre

Comme souvent, la question de la responsabilité contractuelle des maîtres d'œuvre est à l'origine de nombreuses décisions. Sans que celles-ci ne remettent en cause les fondements de cette responsabilité désormais bien établie, elles en précisent à chaque fois davantage les contours.

Dans un arrêt d'avril dernier par exemple, la cour administrative d'appel de Lyon rappelle qu'il appartient au maître d'œuvre de signaler au maître d'ouvrage les désordres apparents. A ce titre, le maître d'œuvre commet un manquement à son devoir de

conseil de nature à engager sa responsabilité lorsqu'il s'abstient d'attirer l'attention du maître d'ouvrage sur des désordres dont il pouvait avoir connaissance, ce qui lui aurait permis de ne pas réceptionner l'ouvrage ou d'assortir la réception de réserves. Cette obligation est d'autant plus forte quand le maître d'œuvre a eu connaissance des vices en cours de chantier. Cependant, dans cette décision, la cour impute également une part de responsabilité à hauteur de la moitié au maître d'ouvrage, au motif que celui-ci a commis une négligence fautive en acceptant de lever les réserves sans s'assurer que les travaux de reprise des désordres avaient bien été réalisés (CAA Lyon, 29 avril 2021, n° 19LY02667).

En revanche, la responsabilité contractuelle fondée sur un manquement au devoir de conseil ne peut être engagée s'il résulte, notamment du rapport d'expertise, que le maître d'œuvre n'avait pas eu connaissance au cours du chantier des vices responsables des désordres litigieux et que ces vices, ou ces désordres, n'étaient pas apparents au moment de la réception de l'ouvrage (CAA Bordeaux, 8 avril 2021, n° 20BX00064). Par

ailleurs, il y a lieu de rappeler que la réception ne met fin aux relations contractuelles entre le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre qu'en ce qui concerne les prestations indissociables de la réalisation de l'ouvrage, au nombre desquelles figurent les missions de conception. Dès lors, quand le maître d'œuvre a commis une faute dans son obligation de vérification des projets de décomptes mensuels - lorsque cela résulte de sa mission -, et notamment lorsque les erreurs aboutissent à ce que le montant des sommes versées dépasse le montant des prestations réellement exécutées, sa responsabilité contractuelle peut être engagée. Cette mission de vérification est en effet dissociable de la réalisation de l'ouvrage en tant que tel (CAA Douai, 10 juin 2021, n° 19DA00395).

En application des dispositions relatives à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, le maître d'œuvre, étant titulaire d'un marché forfaitaire, ne peut prétendre à une rémunération complémentaire du seul fait de la prolongation de sa mission. Il en va différemment si cette prolongation résulte de modifications de programme ou de prestations décidées par le maître d'ouvrage. En revanche, la prolongation due uniquement à la défaillance d'un titulaire et aux délais incompressibles de mise en œuvre d'une nouvelle procédure de mise en concurrence afin de le remplacer ne donne pas au maître d'œuvre droit à une rémunération complémentaire (CAA Nantes, 23 avril 2021, n° 20NT01431).

### Absence du titulaire aux réunions de chantier

Le simple constat de l'absence d'un titulaire à une réunion de chantier est sanctionnable immédiatement sans qu'une mise en demeure préalable ne soit nécessaire, si le CCAP prévoit une telle sanction sans davantage de précision. Pour tenter d'échapper à l'application des pénalités, le titulaire ne peut nullement se prévaloir de ce que sa présence aux réunions n'était pas nécessaire ou qu'il a exécuté ses travaux dans les délais impartis. Le seul constat de son absence suffit pour appliquer les pénalités prévues (CAA Versailles, 24 juin 2021, n° 18VE04203).

Le titulaire ne peut pas davantage prétendre ne pas avoir été destinataire d'une convocation spécifique en vue des réunions de chantier s'il est démontré que les différents comptes rendus, dont il a été destinataire, comportent une convocation à la réunion suivante dont ils précisent la date, l'heure et le lieu (CAA Douai, 22 avril 2021, n° 18DA00438).

### Sujétions imprévues et travaux supplémentaires

La même idée d'absence de rémunération supplémentaire se retrouve pour le titulaire d'un marché à forfait, victime d'une suspension de travaux due également à une défaillance d'entreprise n'ayant pas eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat. Ce refus est d'autant plus justifié, selon la cour administrative d'appel de Lyon, que l'indemnité réclamée était dérisoire au regard du montant du marché (CAA Lyon, 24 juin 2021, n° 19LY02623).

La même juridiction a aussi rejeté la demande d'indemnité formée par un titulaire, qui se prévalait des retards de chantier subis d'une durée de vingt-six mois et vingt-sept jours, et estimait que ces sujétions imprévues avaient bouleversé l'économie de

son contrat. Le rejet est fondé sur l'existence de neuf avenants dont le titulaire a bénéficié. Ceux-ci ont modifié les termes de son marché et précisaient que l'entreprise renonçait à toutes les réclamations ultérieures liées aux difficultés initiales et à celles qui pourraient résulter de ces avenants (CAA Lyon, 6 mai 2021, n° 19LY02747).

En outre, ne peuvent être regardées comme des sujétions techniques imprévues que des difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution d'un marché, présentant un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat, et dont la cause est extérieure aux parties. S'agissant d'un marché à prix unitaires, leur indemnisation par le maître d'ouvrage n'est pas subordonnée à un bouleversement de l'économie du contrat.

### Le maître d'œuvre ne peut prétendre à une rémunération complémentaire du seul fait de la prolongation de sa mission.

La cour de Nantes a ainsi jugé que la découverte en cours de chantier de la vraie nature du sous-sol, n'ayant eu que peu de conséquences en termes de délai d'exécution, ne peut être assimilée à une sujétion imprévue en lien avec les préjudices allégués (CAA Nantes, 26 mars 2021, n° 20NT00502).

La contractualisation de travaux supplémentaires par avenant ne vaut pas automatiquement allongement des délais si aucune précision n'a été faite sur ce point et si leur exécution n'excède pas, par leur conséquence, ce qui se rencontre habituellement dans l'organisation d'un chantier. Dans ces conditions, la cour administrative d'appel de Nantes a jugé que le titulaire n'était pas fondé à solliciter la restitution des pénalités de retard qui lui ont été valablement appliquées (CAA Nantes, 5 mars 2021, n° 20NT00184).

### Pénalités de retard

Depuis la décision du Conseil d'Etat « OPHLM de Puteaux » (CE, 29 décembre 2008, n° 296930, publié au Recueil), le juge peut, s'il est saisi de conclusions en ce sens, modérer ou augmenter les pénalités de retard résultant du contrat, s'il estime que ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché. La cour de Lyon rappelle que c'est au maître d'ouvrage, ou à son représentant, de rapporter la preuve du retard ayant donné lieu à l'application des pénalités. Dans un second temps, elle rappelle qu'il revient, en revanche, au titulaire du marché de fournir au juge « tous éléments, relatifs notamment aux pratiques observées pour des marchés comparables ou aux caractéristiques particulières du marché en litige, de nature à établir dans quelle mesure ces pénalités présentent selon lui un caractère manifestement excessif » (CAA Lyon, 29 avril 2021, n° 19LY02718).

### Décomptes

En application de l'article 13.4 du CCAG travaux version 1976 applicable en l'espèce, il appartient à la personne responsable du marché de notifier au titulaire, par ordre de service, le décompte général et ce dans un délai strictement encadré (quarante-cinq jours après la date de remise du projet de décompte final ou trente jours après la publication de l'index de référence permettant la

révision du solde). Or, tant qu'aucun décompte général et définitif n'est intervenu, la responsabilité contractuelle des cocontractants peut être recherchée pour les dommages nés de l'exécution du contrat. Le maître d'ouvrage peut donc décider de ne pas notifier le décompte et conserver ainsi la possibilité de rechercher la responsabilité contractuelle du titulaire tant qu'il n'a pas procédé à cette formalité. Contestant cette possibilité offerte par le CCAG, un titulaire s'y est opposé en vain. En effet, la cour de Paris a jugé que « la circonstance que la commune n'a pas établi et notifié le décompte général en méconnaissance du CCAG travaux n'est pas de nature à rendre irrecevable sa demande tendant à l'indemnisation des préjudices subis du fait de la mauvaise exécution des travaux » (CAA Paris, 21 mai 2021, n° 20PA02305). Cette jurisprudence ne vaut pas en revanche pour les marchés soumis au CCAG 2009 tel que modifié en 2014 ou au CCAG 2021, qui comportent des mécanismes de tacite acceptation du décompte général.

Le titulaire dont le marché soumis au CCAG travaux a été résilié à ses frais et risques ne peut exiger que lui soit notifié le décompte général tant que le nouveau marché passé pour l'achèvement des travaux n'a pas été définitivement réglé. En revanche, ce

### L'indemnité versée au bénéficiaire de la garantie décennale doit correspondre à la stricte reprise des désordres.

titulaire peut toujours contester le bien-fondé d'une telle résiliation devant le juge du contrat et, s'il obtient gain de cause, solliciter le versement des sommes qui lui sont dues (CAA Versailles, 15 janvier 2021, n° 17VE01593).

Lorsque le titulaire d'un marché soumis au CCAG travaux s'est vu notifier le décompte général, il lui incombe, si besoin, de reprendre dans un mémoire en réclamation les réclamations formulées antérieurement et qui n'ont pas encore fait l'objet d'un règlement définitif. La forme de ce mémoire et son contenu sont, on le sait, essentiels. Le fait pour le titulaire de signer le décompte général en apposant la simple mention « avec réserves » ne saurait en aucun cas constituer un mémoire en réclamation, et n'empêche donc pas le décompte général de devenir définitif (CAA Lyon, 6 mai 2021, n° 19LY00463).

### Garantie décennale

En application de l'article 1792-3 du Code civil, les constructeurs sont responsables du bon fonctionnement de l'ouvrage pendant une période de deux ans à compter de la réception des travaux. Cette garantie biennale couvre tous les éléments d'équipement qui peuvent être dissociés de l'ouvrage. Toutefois, la garantie décennale peut également s'appliquer à un élément d'équipement dissociable si les désordres qui l'affectent rendent l'ouvrage, dans son ensemble, impropre à sa destination. Pour la cour de Douai, tel est le cas d'un système de climatisation, constituant bien un élément d'équipement dissociable, mais mis en œuvre dans un musée accueillant des œuvres d'art. Ainsi, dès lors que les œuvres ne peuvent être présentées sans risque, il est porté atteinte à la destination de l'ouvrage (CAA Douai, 25 mars 2021, n° 19DA01959).

Par une décision rendue le même jour, la cour de Bordeaux a rappelé, en application de l'article A. 243-4 du Code des

assurances, que l'indemnité versée au bénéficiaire de la garantie décennale doit correspondre à la stricte reprise des désordres. A ce titre, les travaux qui ne sont pas absolument nécessaires ou qui ont pour finalité d'apporter une amélioration à l'ouvrage par rapport à ce qui était envisagé avec les travaux litigieux ne peuvent être financés au titre de la garantie décennale. La juridiction d'appel a donc réduit le montant des indemnités initialement fixées (CAA Bordeaux, 25 mars 2021, n° 19BX01546-19BX01700).

### Faute dolosive

Lorsque le délai de garantie décennale est expiré, le maître d'ouvrage peut toujours tenter de rechercher la responsabilité trentenaire des constructeurs sur le fondement de fraude ou de dol dans l'exécution de leur contrat, ou bien d'une faute assimilable à une fraude ou à un dol, caractérisée par la violation grave, par sa nature ou ses conséquences, de leurs obligations contractuelles, commises volontairement et sans qu'ils puissent en ignorer les conséquences. Cependant, il est rare que les tribunaux retiennent l'existence d'un dol commis par les constructeurs. Les incohérences lors des opérations de réception, les dysfonctionnements manifestes voire l'impossibilité d'utiliser l'ouvrage ne suffisent pas à caractériser l'existence d'un dol ou d'une fraude selon la cour de Marseille (CAA Marseille, 8 février 2021, n° 18MA03343-18MA03459).

En revanche, et la boucle sera bouclée, le maître d'ouvrage peut toujours rechercher la responsabilité contractuelle du maître d'œuvre pour manquement à son obligation de conseil lors des opérations de réception.

### Saisine du CCIRA et procédure

Le titulaire qui saisit le comité consultatif interrégional de règlement amiable des litiges (CCIRA) doit veiller à ce que cette saisine n'entraîne pas la prescription de sa demande au fond. Tel est le cas d'un maître d'œuvre ayant saisi ce comité aux fins de contester la résiliation de marché et d'obtenir la reprise des relations contractuelles, puis ayant saisi les juridictions du fond des mêmes demandes. Conformément à un arrêt de principe en ce sens (CE, 30 mai 2012, n° 357151, publié au Recueil), la cour de Marseille, confirmant la décision de première instance, a jugé que la saisine du CCIRA n'est pas de nature à interrompre le délai de deux mois imparti au titulaire du marché pour contester la décision de résiliation et demander la reprise des relations contractuelles.

La cour a en effet considéré que « la compétence confiée au [CCIRA], qui se borne à la formulation de propositions de solutions amiables aux différends financiers relatifs à l'exécution des marchés publics, ne s'étend pas aux litiges portant exclusivement sur la contestation de la régularité ou du bien-fondé d'une mesure de résiliation en vue d'obtenir la reprise des relations contractuelles. Il s'ensuit que la saisine de ce comité n'est pas de nature à interrompre le délai de deux mois imparti au demandeur [...] pour introduire le recours de plein contentieux tendant à la reprise des relations contractuelles, dont, en tout état de cause, le régime contentieux particulier commande que les parties en saisissent le juge, qui dispose des pouvoirs de pleine juridiction l'autorisant à ordonner la reprise des relations contractuelles, dans les meilleurs délais » (CAA Marseille, 15 mars 2021, n° 20MA01853). ●