



L'établissement du solde du marché par le juge du référé provision

CE 10 juin 2020, Sté BONAUD, req. n°425993

Dans son arrêt du 10 juin 2020, Sté BONAUD, le Conseil d'Etat rappelle qu'en application de l'article 13.4.2 du CCAG-TX, le titulaire d'un marché public de travaux peut saisir le juge administratif y compris via un référé provision si, 30 jours après la notification de sa mise en demeure auprès de l'acheteur public en vue de l'établissement du décompte du marché, celui-ci n'a toujours pas produit ce décompte étant alors précisé que la production dudit décompte en cours d'instance ne fait pas perdre à la requête son objet

Enseignement n°1 : L'établissement du solde du marché par le juge en cas d'inertie du maître de l'ouvrage

En matière de marché public de travaux, avant 2009, la jurisprudence administrative était constante pour considérer que dans le cas où le maître de l'ouvrage n'établissait pas le décompte général et définitif, il appartenait à l'entrepreneur, avant de saisir le juge, de mettre celui-ci en demeure d'y procéder : « *Considérant [...] que dans le cas où le maître de l'ouvrage n'établit pas le décompte général et définitif il appartient à l'entrepreneur, avant de saisir le juge, de mettre celui-ci en demeure d'y procéder* » (CE 20 décembre 1989, Gabrion, req.n°77754, CE 20 décembre 2004, Sté Sogea Construction, n°244378, CE 14 mai 2008, Sté CSM Bessac, n°288622).

Cette règle est désormais codifiée par l'article 13.4.2 du CCAG-TX qui indique que : « *si le représentant du pouvoir adjudicateur ne notifie pas au titulaire, dans les délais stipulés ci-dessus, le décompte général signé, celui-ci lui adresse une mise en demeure d'y procéder. L'absence de notification au titulaire du décompte général signé par le représentant du pouvoir adjudicateur, dans un délai de trente jours à compter de la réception de la mise en demeure, autorise le titulaire à saisir le tribunal administratif compétent en cas de désaccord.*

Si le décompte général est notifié au titulaire postérieurement à la saisine du tribunal administratif, le titulaire n'est pas tenu, en cas de désaccord, de présenter le mémoire en réclamation mentionné à l'article 50.1.1 ».

Dans son arrêt du 10 juin 2020, Sté BONAUD, le Conseil d'Etat rappelle la règle posée par l'article 13.4.2 du CCAG-TX en précisant néanmoins que le titulaire d'un marché public de travaux peut saisir le juge administratif y compris via un référé provision si, 30 jours après la notification de sa mise en demeure auprès de l'acheteur public en vue de l'établissement du décompte du marché, celui-ci n'a toujours pas produit ce décompte étant alors précisé que la production dudit décompte en cours d'instance ne fait pas perdre à la requête son objet. En d'autres termes, si le maître de l'ouvrage produit le décompte après la saisine du tribunal administratif, la requête ne perd pas son objet et il appartiendra au juge d'établir le solde du marché.

La même solution a déjà été dégagée en matière de marchés publics de services et de fournitures pour éviter de permettre au pouvoir adjudicateur de bloquer indéfiniment le règlement des sommes dues en s'abstenant de notifier le décompte de résiliation malgré l'expiration du délai maximum de deux mois prescrit par l'article 34.5 du CCAG-FCS. Dans un arrêt du 4 mai 2011, Sté COVED, n°322337, mentionné aux tables, le Conseil d'Etat a ainsi posé la règle selon laquelle le cocontractant peut saisir le juge administratif si, deux mois après sa réclamation auprès de l'acheteur public en vue de l'établissement du décompte de résiliation, celui-ci n'a pas produit ce décompte étant alors précisé que la production du décompte de résiliation en cours d'instance ne fait pas perdre à la requête son objet : « *En vertu de l'article 8 du cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicable aux marchés de fournitures*

courantes et de services, le cocontractant peut saisir le tribunal administratif si, deux mois après sa réclamation en vue de l'établissement du décompte de liquidation, la personne publique n'a pas produit ce décompte. En cas de saisine prématurée du tribunal administratif, qui n'est pas de ce seul fait irrecevable : 1) l'intervention du décompte général avant l'expiration du délai de deux mois entraîne un non-lieu à statuer ; 2) en revanche, l'intervention du décompte général après l'expiration du délai de deux mois ne permet pas de prononcer le non-lieu à statuer, un tel document ne constituant pas un décompte général au sens des dispositions du CCAG » (CE 4 mai 2011, Sté COVED, n°322337).

Enseignement n°2 : L'établissement du solde du marché par le juge du référé provision

Aux termes de l'article R. 541-1 du code de justice administrative, le juge du référé provision peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Il peut, même d'office, subordonner le versement de la provision à la constitution d'une garantie.

Il résulte de ces dispositions que le titulaire d'un marché public peut obtenir du juge du référé provision qu'il ordonne au pouvoir adjudicateur le versement d'une indemnité provisionnelle et qu'il n'est pas tenu de saisir, par ailleurs, le juge du contrat d'une demande au fond. Cette provision peut correspondre à tout ou partie de la créance.

Dans son arrêt du 10 juin 2020, Sté BONAUD, le Conseil d'Etat considère que la saisine du juge du référé provision de conclusions tendant au règlement du solde du marché ou à une partie de celui-ci doit être regardée comme la saisine du tribunal administratif compétent au sens de l'article 13.4.2 du CCAG applicable aux marchés de travaux.

CE 10 juin 2020, Sté BONAUD, req. n°425993

Considérant ce qui suit :

1. Les pourvois de la société Bonaud présentent à juger les mêmes questions. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision.
2. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la commune d'Hérouville-Saint-Clair a confié à la société Bonaud le lot n° 13 " revêtement de sols souples " des travaux de création d'un pôle éducatif, d'un montant de 143 071,50 euros. La société Bonaud a adressé à la commune d'Hérouville-Saint-Clair, le 26 octobre 2013, une mise en demeure de lui notifier le décompte général du marché et de procéder au paiement de la somme de 21 087,48 euros correspondant à ce qu'elle estimait lui être dû au titre du solde de ce marché. En l'absence de réponse, la société Bonaud a saisi, le 22 janvier 2014, d'une part, le tribunal administratif de Caen d'une demande tendant à ce qu'il enjoigne à la commune d'établir le décompte général du marché, d'autre part, le juge des référés du même tribunal, sur le fondement de l'article L. 541-1 du code de justice administrative, d'une demande tendant à la condamnation de la commune d'Hérouville-Saint-Clair à lui verser une provision de 21 087,48 euros. Toutefois, par ordre de service du 18 avril 2014, la commune d'Hérouville-Saint-Clair a notifié à la société Bonaud le décompte général du marché, qui faisait apparaître, selon elle, un solde en défaveur de l'entreprise de 5 263,19 euros. La société Bonaud s'est alors désistée de sa première demande, mais, par un mémoire en réclamation reçu le 2 mai 2014, a contesté ce décompte. La demande de provision formée par la société Bonaud a été rejetée par une ordonnance du juge des référés du tribunal administratif de Caen du 15 mai 2015, confirmée par une ordonnance du 10 mars 2016 du juge des référés de la cour administrative d'appel de Nantes, au motif que la créance dont elle se prévalait ne pouvait être regardée comme non sérieusement contestable. La société Bonaud a alors saisi le tribunal administratif de Caen d'une demande au fond tendant à la condamnation de la commune à lui verser la somme de 21 087,48 euros. Par un jugement du 8 juin 2017, ce tribunal a rejeté sa demande. La société se pourvoit en cassation, sous le n° 425993, contre l'arrêt du 5 octobre 2018 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté sa requête d'appel. Parallèlement, la commune d'Hérouville-Saint-Clair a émis, le 30 mai 2016, un titre de recettes exécutoire d'un montant de 5 263,19 euros à l'encontre de la société Bonaud. Celle-ci a fait opposition à ce titre exécutoire devant le tribunal administratif de Caen qui, par un jugement du 8 juin 2017, a rejeté sa demande. La société se pourvoit en cassation, sous le n° 428251, contre l'arrêt du 21 décembre 2018 par lequel la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté sa requête d'appel.
3. Aux termes de l'article 13.4.2 du cahier des clauses administratives générales (CCAG) applicable aux marchés de travaux, dans sa rédaction issue de l'arrêté du 8 septembre 2009 : " Le représentant du pouvoir adjudicateur notifie au titulaire le décompte général avant la plus tardive des deux dates ci-après : - quarante jours après la date de remise au maître d'oeuvre du projet de décompte final par le titulaire ; - douze jours après la publication de l'index de référence permettant la révision du solde. / Si le représentant du pouvoir adjudicateur ne notifie pas au titulaire, dans les délais stipulés ci-dessus, le décompte général signé, celui-ci lui adresse une mise en demeure d'y procéder. L'absence de notification au titulaire du décompte général signé par le représentant du pouvoir adjudicateur, dans un délai de trente jours à compter

de la réception de la mise en demeure, autorise le titulaire à saisir le tribunal administratif compétent en cas de désaccord.
/ Si le décompte général est notifié au titulaire postérieurement à la saisine du tribunal administratif, le titulaire n'est pas tenu, en cas de désaccord, de présenter le mémoire en réclamation mentionné à l'article 50.1.1. “.

4. **Il résulte de ces stipulations que lorsque le pouvoir adjudicateur, mis en demeure de notifier le décompte général, s'abstient d'y procéder dans le délai de trente jours qui lui est imparti, le titulaire du marché peut saisir le tribunal administratif d'une demande visant à obtenir le paiement des sommes qu'il estime lui être dues au titre du solde du marché. Dans l'hypothèse où la personne publique notifie le décompte général postérieurement à la saisine du tribunal, le litige conserve son objet et y a lieu pour le juge de le trancher au vu de l'ensemble des éléments à sa disposition, sans que le titulaire du marché soit tenu présenter de mémoire en réclamation contre ce décompte.**
5. **Par ailleurs, aux termes de l'article R. 541-1 du code de justice administrative : “ Le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Il peut, même d'office, subordonner le versement de la provision à la constitution d'une garantie. “ Il résulte de ces dispositions que le titulaire du marché peut obtenir du juge des référés qu'il ordonne au pouvoir adjudicateur le versement d'une indemnité provisionnelle et qu'il n'est pas tenu de saisir, par ailleurs, le juge du contrat d'une demande au fond. Dès lors, la saisine du juge des référés, sur le fondement des articles R. 541-1 et suivants du code de justice administrative, de conclusions tendant au versement d'une provision sur le solde du marché doit être regardée comme la saisine du tribunal administratif compétent au sens de l'article 13.4.2 du CCAG applicable aux marchés de travaux.**
6. Pour rejeter les requêtes d'appel de la société Bonaud, la cour administrative d'appel de Nantes a estimé que les stipulations de l'article 13.4.2 du CCAG applicable aux marchés de travaux devaient être interprétées comme permettant au titulaire du marché, lorsque le pouvoir adjudicateur ne défère pas à la mise en demeure de notifier le décompte général, de saisir le tribunal administratif de conclusions tendant à ce que celui-ci établisse le décompte général, mais non de conclusions tendant au règlement du solde du marché. Elle a ainsi jugé que la saisine du juge des référés par la société Bonaud sur le fondement des articles R. 541-1 et suivants du code de justice administratif ne pouvait être regardée comme la saisine du tribunal administratif compétent au sens de l'article 13.4.2. Elle en a déduit que, la société Bonaud n'ayant pas respecté la procédure prévue par l'article 13.4.2, était applicable celle de l'article 50.3.2, qui prévoit que, pour les réclamations auxquelles a donné lieu le décompte général du marché, le titulaire du marché dispose d'un délai de six mois, à compter de la notification de la décision explicite prise par le représentant du pouvoir adjudicateur sur sa réclamation ou de l'intervention au terme d'un délai de quarante-cinq jours d'une décision implicite de rejet, pour saisir le tribunal administratif compétent. Ayant relevé qu'en l'absence de réponse au mémoire en réclamation qu'elle avait adressé à la commune le 2 mai 2014, une décision implicite de rejet était née le 17 juin 2014 et que la société avait jusqu'au 17 décembre 2014 pour contester le décompte général devant le tribunal administratif, elle a estimé que sa demande, enregistrée le 30 mars 2016, était tardive et, par suite, irrecevable. Il résulte de ce qui a été dit aux points 4 et 5 ci-dessus qu'en statuant ainsi, la cour administrative d'appel de Nantes a entaché les arrêts attaqués d'erreur de droit. Par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des pourvois, la société Bonaud est fondée à en demander l'annulation.
7. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la commune d'Hérouville-Saint-Clair le versement de la somme de 6 000 euros à la société Bonaud au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les mêmes dispositions font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la société Bonaud qui n'est pas, dans les présentes instances, la partie perdante.

DECIDE :

Article 1er : Les arrêts du 5 octobre 2018 et du 21 décembre 2018 de la cour administrative d'appel de Nantes sont annulés.

Article 2 : Les affaires sont renvoyées à la cour administrative d'appel de Nantes.

Article 3 : La commune d'Hérouville-Saint-Clair versera à la société Bonaud une somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les conclusions présentées au même titre par la commune sont rejetées.



Intérêt à contester la validité d'un contrat par le conseil régional de l'ordre des architectes

CE 3 juin 2020, Département de la Loire Atlantique, req. n°426938

Le conseil national des architectes et le conseil régional de l'ordre des architectes ont qualité pour contester la validité d'un contrat passé en violation de la loi n°77-2 de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture. En revanche, ils n'ont qualité pour contester les motifs retenus par un acheteur public pour recourir légalement à un marché de conception réalisation

Enseignement n°1 : Le conseil national des architectes et le conseil régional de l'ordre des architectes ont qualité pour contester la validité d'un contrat passé en violation de la loi n°77-2 de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture

Selon l'article 26 de la loi n°77-2 de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture, le conseil national des architectes et le conseil régional de l'ordre des architectes, sont chargés de représenter la profession des architectes notamment auprès des pouvoirs publics. Ils ont également qualité pour agir en justice en vue notamment de la protection du titre d'architecte et du respect des droits conférés et des obligations imposées aux architectes par les lois et règlements. En particulier, ils ont qualité pour agir sur toute question relative aux modalités d'exercice de la profession ainsi que pour assurer le respect de l'obligation de recourir à un architecte.

Sur ce fondement, ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession d'architectes.

Ainsi, la signature d'un contrat en violation des prescriptions d'ordre public de la loi n°77-2 de la loi du 3 janvier 1977 peut porter atteinte aux intérêts des architectes qu'il appartient au conseil national des architectes et le conseil régional de l'ordre des architectes de protéger et de défendre devant toutes les juridictions.

Le conseil national des architectes et/ou le conseil régional de l'ordre des architectes sont donc recevables et bien fondés à intervenir pour contester l'attribution du marché litigieux à un opérateur économique en violation de la loi n°77-2 de la loi du 3 janvier 1977 modifiée qu'ils sont chargés de faire respecter ou pour contester une procédure qui méconnaît les prescriptions d'ordre public de cette loi.

Dans son arrêt du 3 juin 2020, le Conseil d'Etat rappelle ainsi que « **les conseils régionaux de l'ordre des architectes ont qualité pour agir en justice en vue notamment d'assurer le respect de l'obligation de recourir à un architecte** ».

Dans un arrêt en date du 17 mai 2017, Communauté de communes de Petite Camargue, n°396034, le Conseil d'Etat avait déjà eu l'occasion de considérer que le conseil national des architectes et le conseil régional de l'ordre des architectes peuvent former un recours en contestation de la validité du contrat dès lors que les irrégularités invoquées sont susceptibles d'affecter les intérêts des membres qu'il représente. « 3. Considérant que [...] dans le cas de marchés de maîtrise d'œuvre passés en procédure adaptée, toute remise de prestations donne lieu au versement d'une prime (...) » ;4. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour administrative d'appel de Marseille, sans rechercher si, en l'espèce, l'investissement que devait consentir les architectes candidats pour établir leur offre était significatif, a jugé que l'absence, dans l'avis d'appel à concurrence du marché litigieux, de

dispositions prévoyant l'allocation de primes pour les candidats non retenus était de nature à limiter l'accès des architectes à ce marché et qu'elle était ainsi susceptible d'affecter les modalités d'exercice de cette profession ; qu'elle en a déduit que le conseil régional de l'ordre des architectes justifiait d'un intérêt lui donnant qualité pour demander l'annulation de l'attribution du marché de maîtrise d'œuvre litigieux ; qu'en statuant ainsi, la cour n'a entaché son arrêt ni d'erreur de droit ni d'insuffisance de motivation» (CE 17 mai 2017, Communauté de communes de Petite Camargue, n°396034).

Enseignement n°2 : Le conseil national des architectes et le conseil régional de l'ordre des architectes n'ont pas qualité pour contester les motifs du recours à un marché de conception réalisation

Si le conseil national des architectes et le conseil régional de l'ordre des architectes ont qualité pour contester la validité d'un contrat passé en violation de la loi n°77-2 de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture, en revanche, ils n'ont qualité pour contester les motifs retenus par un acheteur public pour recourir légalement à un marché de conception réalisation.

Dans cette affaire, le conseil régional contestait la possibilité pour le département de la Loire-Atlantique de recourir à un marché de conception-réalisation en considérant que les conditions requises par la réglementation des marchés publics alors en vigueur n'étaient pas réunies.

Pour le Conseil d'Etat, la passation d'un marché de conception réalisation ne modifie pas les conditions d'exercice de la mission de maîtrise d'œuvre en considérant que : « *la seule passation, par une collectivité territoriale, d'un marché public confiant à un opérateur économique déterminé une mission portant à la fois sur l'établissement d'études et l'exécution de travaux ne saurait être regardée comme susceptible de léser de façon suffisamment directe et certaine les intérêts collectifs dont ils ont la charge* ».

CE 3 juin 2020, Département de la Loire Atlantique, req. n°426938

Considérant ce qui suit :

1. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité. Les requérants peuvent éventuellement assortir leur recours d'une demande tendant, sur le fondement de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, à la suspension de l'exécution du contrat.
2. Il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que par avis d'appel public à la concurrence publié au journal officiel de l'Union européenne le 26 octobre 2013, le département de la Loire-Atlantique a lancé une procédure d'attribution d'un marché de conception-réalisation, en vue de la construction d'un collège à Saint Joseph de Porterie, sur le territoire de la commune de Nantes, comportant vingt divisions, extensibles à vingt-quatre, ainsi que quatre logements de fonctions. A l'issue de l'analyse des offres, le marché a été attribué au groupement d'entreprises " Eiffage-Linéa ", constitué des sociétés Eiffage Construction Pays de la Loire, Linéa Architectes, In Situ, BH, Serba, Albdo, Synergie Bois, Itac, Process cuisines, Zephir Paysages et Urbaterra, et a été conclu le 11 mars 2015. Le conseil régional de l'ordre des architectes des Pays de la Loire a fait appel du jugement du 23 mars 2017 par lequel le tribunal administratif de Nantes a rejeté sa demande tendant à l'annulation, ou à défaut à la résiliation de ce marché de conception-réalisation. Par un arrêt du 9 novembre 2018, contre lequel le département de la Loire-Atlantique se pourvoit en cassation, la cour administrative d'appel de Nantes a annulé ce jugement et ce marché.
3. D'une part, selon l'article 26 de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture : " Le conseil national et le conseil régional de l'ordre des architectes concourent à la représentation de la profession auprès des pouvoirs publics. / Ils ont qualité pour agir en justice en vue notamment de la protection du titre d'architecte et du respect des droits conférés et des obligations imposées aux architectes par les lois et règlements. En particulier, ils ont qualité pour agir sur toute question relative aux modalités d'exercice de la profession ainsi que pour assurer le respect de l'obligation de recourir à un architecte. / (...) ".
4. D'autre part, aux termes de l'article 7 de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée applicable au litige : " La mission de maîtrise d'oeuvre que le maître de l'ouvrage peut confier à une personne de droit privé ou à un groupement de personnes de droit privé doit permettre d'apporter une réponse architecturale, technique et économique au programme mentionné à l'article 2. / Pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'oeuvre est distincte de celle d'entrepreneur. / (...) ". Selon le I de l'article 18 de la même loi : " Nonobstant les dispositions du titre II de la présente loi, le maître de l'ouvrage peut confier par contrat à un groupement

de personnes de droit privé ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à une personne de droit privé, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux, lorsque des motifs d'ordre technique ou d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou la construction d'un bâtiment neuf dépassant la réglementation thermique en vigueur rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. Un décret précise les conditions d'application du présent alinéa en modifiant, en tant que de besoin, pour les personnes publiques régies par le code des marchés publics, les dispositions de ce code ". Aux termes de l'article 37 du code des marchés publics applicable au litige, dont la substance a été reprise à l'article L. 2171-2 du code de la commande publique : " Un marché de conception-réalisation est un marché de travaux qui permet au pouvoir adjudicateur de confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux. / Les pouvoirs adjudicateurs soumis aux dispositions de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée ne peuvent, en application du I de son article 18, recourir à un marché de conception-réalisation, quel qu'en soit le montant, que si un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage. / (...) ".

5. ***Un tiers à un contrat administratif n'est recevable à contester la validité d'un contrat, ainsi qu'il a été dit au point 1, que s'il est susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou par ses clauses. Si, en vertu des dispositions de l'article 26 précité de la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture, les conseils régionaux de l'ordre des architectes ont qualité pour agir en justice en vue notamment d'assurer le respect de l'obligation de recourir à un architecte, la seule passation, par une collectivité territoriale, d'un marché public confiant à un opérateur économique déterminé une mission portant à la fois sur l'établissement d'études et l'exécution de travaux ne saurait être regardée comme susceptible de léser de façon suffisamment directe et certaine les intérêts collectifs dont ils ont la charge.***
6. Par suite le conseil régional de l'ordre des architectes des Pays de la Loire n'était pas recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du marché de conception-réalisation en litige.
7. Il résulte de ce qui précède que le département de la Loire-Atlantique est fondé à demander l'annulation de l'arrêt attaqué.
8. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.
9. Ainsi qu'il a été dit aux points 5 et 6, les conclusions du conseil régional de l'ordre des architectes des Pays de la Loire tendant à l'annulation du marché de conception-réalisation en litige étaient irrecevables dans le cadre d'un recours en contestation de la validité de ce marché. Par suite, le conseil régional de l'ordre des architectes des Pays de la Loire n'est pas fondé à se plaindre de ce que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Nantes a rejeté sa demande.
10. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du conseil régional de l'ordre des architectes des Pays de la Loire la somme de 3 000 euros à verser au département de la Loire-Atlantique au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En revanche, ces dispositions font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge du département de la Loire-Atlantique qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

DECIDE :

Article 1er : L'arrêt du 9 novembre 2018 de la cour administrative d'appel de Nantes est annulé.

Article 2 : La requête du conseil régional de l'ordre des architectes des Pays de la Loire présentée devant la cour administrative d'appel de Nantes est rejetée.

Article 3 : Le conseil régional de l'ordre des architectes des Pays de la Loire versera au département de la Loire-Atlantique une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions du conseil régional de l'ordre des architectes des Pays de la Loire présentées au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 5 : La présente décision sera notifiée au département de la Loire-Atlantique et au conseil régional de l'ordre des architectes des Pays de la Loire.



Avis d'attribution : quelles mentions obligatoires pour faire courir les délais de recours ?

CE 3 juin 2020, centre hospitalier d'Avignon, req. n°428845

Ce qu'il faut retenir: La publication d'un avis d'attribution qui mentionne à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation permet de faire courir le délai de recours contre le contrat, peu importe qu'il n'indique pas la date de la conclusion du contrat.

Enseignement n°1 : sur l'intérêt de publier un avis d'attribution pour faire courir les délais de recours

Pour rappel, l'article R. 2183-1 du code de la commande publique rappelle que pour les marchés d'un montant supérieur ou égal aux seuils des procédures formalisées, l'acheteur public doit publier un avis d'attribution dans un délai maximal de trente jours à compter de la signature du marché au BOAMP et ou au JOUE pour l'Etat et les collectivités territoriales. Cet avis d'attribution doit indiquer les principales informations relatives à l'attribution du marché.

La publication d'un avis d'attribution présente l'intérêt de faire courir les délais de recours contentieux que ce soit en matière de procédure de référé ou de recours au fond y compris pour les contrats qui ne sont pas en principe soumis à cette formalité.

En matière de référé contractuel, l'article R551-7 du code de justice administrative rappelle que la publication d'un avis d'attribution permet de réduire de six mois à un mois le délai pendant lequel les candidats évincés peuvent saisir le juge du référé contractuel.

En matière de recours au fond, la publication d'un avis d'attribution permet de réduire à deux mois le délai pendant lequel les candidats évincés peuvent saisir le juge d'une action en contestation de la validité du contrat (CE Ass.16 juillet 2007 Sté Tropic Travaux Signalisation, n°291545, CE Ass. 4 avril 2014, Département du Tarn et Garonne, n°358994)

La publication d'un avis d'attribution présente également un intérêt pour les contrats qui ne sont pas soumis à cette formalité et notamment les marchés à procédure adaptée l'absence de publication d'un avis d'attribution comprenant les informations requise, tout candidat évincé peut effectuer un recours dirigé contre le contrat sans condition de délai, par exemple 1 an après sa signature au lieu de deux mois en cas de publicité.

En matière pénale, dans un arrêt du 18 novembre 2019, C18/03327, la Cour d'appel de Paris a également considéré que la publication d'un avis d'attribution est de nature à faire courir les délais de prescription en matière de délit d'octroi d'avantage injustifié visé par l'article 432-14 du Code pénal.

Enseignement n°2 : Sur les mentions obligatoires pour faire courir les délais de recours

Pour rappel, la jurisprudence du Conseil d'Etat est constante depuis 2007 pour considérer que la publication d'un avis d'attribution qui ne mentionne pas le nom des attributaires des marchés ni les modalités de leur consultation ne fait pas courir les délais de recours contentieux (CE Ass.16 juillet 2007 Sté Tropic Travaux Signalisation, n°291545, CE Ass. 4 avril 2014, Département du Tarn et Garonne, n°358994).

Le non-respect de ces formalités permet la contestation des marchés devant les juridictions sans conditions de délais (CAA Lyon 14

février 2013, Sté ACS Production, n°12LY00305, CAA Lyon 5 mai 2011, Sté SMTP, n°10LY00134).

Dans son arrêt du 3 juin 2020, centre hospitalier d'Avignon, le Conseil d'Etat complète sa jurisprudence en précisant que la circonstance qu'un avis d'attribution ne mentionne pas la date de la conclusion du contrat est sans incidence sur le point de départ du délai de recours contentieux qui court à compter de cette publication.

CE 3 juin 2020, centre hospitalier d'Avignon, req. n°428845

Considérant ce qui suit :

1. Les deux pourvois présentent à juger des mêmes questions. Il y a donc lieu de les joindre pour statuer par une même décision.
2. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 25 juin 2014 au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin officiel des annonces de marchés publics, le centre hospitalier d'Avignon a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution de quatre lots destinés à couvrir ses besoins en matière d'assurances pour une durée de cinq ans. Le lot n° 1 " responsabilité civile hospitalière " a été attribué à la Société hospitalière d'assurances mutuelles (SHAM). Le Bureau européen d'assistance hospitalière (BEAH), dont l'offre, classée en deuxième position, a été rejetée, a contesté la validité du marché public conclu par le centre hospitalier d'Avignon avec la SHAM et demandé la condamnation de l'établissement public de santé à lui verser la somme de 273 750 euros en réparation des préjudices résultant de son éviction irrégulière. Par un jugement du 19 octobre 2017, le tribunal administratif de Nîmes a rejeté ses demandes. Le centre hospitalier d'Avignon et la SHAM se pourvoient en cassation contre l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille qui, sur appel du BEAH, a annulé ce jugement, ordonné la résiliation, à compter du 1er mai 2019, du marché litigieux et décidé, avant dire droit, de procéder à une expertise contradictoire pour évaluer le préjudice subi par le BEAH.

Sur les conclusions contestant la validité du contrat :

3. *Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Ce recours doit être exercé, y compris si le contrat contesté est relatif à des travaux publics, dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi. **La circonstance que l'avis ne mentionne pas la date de la conclusion du contrat est sans incidence sur le point de départ du délai de recours contentieux qui court à compter de cette publication.***

4. Ainsi qu'il a été dit au point précédent, la publication d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi permet de faire courir le délai de recours contre le contrat, la circonstance que l'avis ne mentionnerait pas la date de la conclusion du contrat étant sans incidence sur le point de départ du délai qui court à compter de cette publication.

Par suite, en estimant, pour écarter la fin de non-recevoir tirée de ce que les conclusions du BEAH contestant la validité du contrat litigieux, déposées le 12 mars 2015 au greffe du tribunal administratif de Nîmes, étaient tardives, que les " avis d'attribution " du marché, publiés le 2 décembre 2014 au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin officiel des annonces de marchés publics, conformément aux dispositions de l'article 85 du code des marchés publics alors applicable, figurant aujourd'hui à l'article R. 2183-1 du code de la commande publique, ne constituaient pas une mesure de publicité appropriée susceptible de faire courir le délai de recours contentieux, au motif que ces publications ne faisaient état que de l'attribution du marché, et non de sa conclusion, et ne mentionnaient que les coordonnées de la cellule des marchés du centre hospitalier, mention qui pourtant relevait des modalités de la consultation du contrat, la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit.

Sur les conclusions indemnitaires :

5. Aux termes de l'article 3.6.1 du règlement de la consultation du marché : " Conformément aux dispositions de la circulaire du 24 décembre 2007 relative à la passation des marchés publics d'assurances, les éventuelles réserves ou amendements

formulés par les candidats aux clauses des CCAP et CCTP seront appréciés au regard de leur incidence (notamment économique) sur l'offre dans sa globalité et ce, afin de déterminer s'ils sont susceptibles de rendre cette dernière irrégulière : / - les réserves sans impact ou ayant un impact limité sur la qualité de l'offre seront sans incidences sur la notation ; / - les réserves ayant pour effet de baisser la qualité de l'offre entraîneront une réduction de la note (...); / les réserves rendant l'offre insatisfaisante au regard des besoins exprimés entraîneront un rejet pur et simple de l'offre jugée irrégulière (...). L'article 6.2.3 du même règlement précise, s'agissant du critère n° 3 " nature et étendue des garanties - qualité des clauses contractuelles ", que : " Les réserves éventuelles apportées par le candidat sont de quatre ordres. Ces dernières viendront, par rapport au CCAP et au CCTP propre au lot, en déduction d'une note de 100 ramenée à la note maximale de 30 points, à raison de : / - acceptées : car elles ne remettent pas en cause l'étendue des garanties ; il s'agit le plus souvent de précisions apportées par l'assureur ; / - moyennes ou fortes : réserve impactant simultanément un ou plusieurs aspects du marché technique, financier ou juridique, tout en dégradant partiellement la valeur économique, notée - 15 ; / - majeures : réserve diminuant, voire excluant une garantie et/ou modifiant les conditions financières et/ou la sécurité juridique de façon conséquente entraînant une dégradation réelle de la valeur économique du présent marché, notée - 25 ; / - non-conformité : - 50, voire irrecevable pour réserve non conforme ". Enfin, aux termes de l'article 5 du cahier des clauses techniques particulières : " territorialité du contrat : les garanties doivent s'exercer dans le monde entier "

6. Pour estimer que la note attribuée à l'offre de la SHAM au titre du critère n° 3 aurait dû être pénalisée de vingt-cinq points, les juges d'appel ont relevé que l'annexe financière à l'acte d'engagement relatif à la variante n° 1 de son offre comportait une réserve ainsi libellée : " les garanties sont étendues au monde entier (...) / Cette extension ne s'applique pas aux conséquences d'actes médicaux ou de soins effectués aux Etats-Unis et au Canada, ainsi qu'aux dommages causés par les produits livrés dans ces deux pays ". En estimant que l'offre litigieuse ne pouvait dès lors être comprise que comme excluant ou réduisant une garantie au sens de l'article 6.2 du règlement de consultation du marché et devait en conséquence être regardée comme comportant une réserve " majeure " au sens de ces dispositions, " indépendamment de l'intérêt effectif de cette couverture pour l'établissement ", sans rechercher si cette réserve entraînait une dégradation réelle de la valeur économique du marché alors qu'elle avait relevé les stipulations du contrat lui imposant de procéder à cette analyse, la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit.
7. Il résulte de tout ce qui précède, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens des pourvois, que l'arrêt attaqué doit être annulé.
8. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge du centre hospitalier d'Avignon et de la SHAM, qui n'ont pas la qualité de partie perdante dans la présente instance, la somme demandée par le BEAH au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En revanche, il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du BEAH une somme de 3 000 euros à verser à chacun d'entre eux au titre des mêmes dispositions.

DECIDE :

Article 1er : L'arrêt du 14 janvier 2019 de la cour administrative d'appel de Marseille est annulé.

Article 2 : L'affaire est renvoyée à la cour administrative d'appel de Marseille.

Article 3 : Le Bureau européen d'assurance hospitalière versera une somme de 3 000 euros chacun au centre hospitalier d'Avignon et à la SHAM au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les conclusions présentées par le BEAH au titre des mêmes dispositions sont rejetées.



Recours en annulation d'un contrat de concession par un contribuable local : gare aux fausses joies !

CE 27 mars 2020, M. I. H. et autres, req. n°426291

Lorsqu'un contribuable local conteste la validité d'un contrat, il lui revient d'établir que la convention ou les clauses dont il conteste la validité sont susceptibles d'emporter des conséquences significatives sur les finances ou le patrimoine de la collectivité. Le Conseil d'État précise également la possibilité de réclamer l'annulation d'un contrat déjà résilié.

Enseignement n°1 : Sur la possibilité d'obtenir l'annulation d'un contrat de concession résilié

Dans son arrêt, le Conseil d'État considère qu'il n'y a aucune raison de priver d'objet le recours en contestation contre des contrats qui sont déjà résiliés. Précisément, le juge administratif indique que « *la circonstance que le contrat de concession ait été résilié n'est pas de nature à priver d'objet le présent pourvoi* ».

Cette position du Conseil d'État est sans surprise dans la mesure où un contrat résilié ne produit plus d'effet seulement pour l'avenir, mais ses effets passés demeurent. Par conséquent, ils peuvent causer du tort à un tiers et justifier la contestation de validité du contrat dans le cadre d'un recours « *Tarn-et-Garonne* » (CE, Ass., 4 avril 2014, req. n°358994). **N'importe quel tiers peut avoir un intérêt commercial, stratégique ou autre à demander au juge l'annulation pure et simple d'un contrat et non pas sa simple résiliation.**

Enseignement n°2 : Sur l'appréciation de l'intérêt à agir du contribuable local

Contrairement à ce qui a pu être écrit, cet arrêt du 27 mars 2020 ne marque pas l'ouverture du recours « *Tarn-et-Garonne* » aux contribuables locaux. En effet, dès 2014, le Conseil d'État a posé comme principe l'ouverture de ce recours à « *tout tiers* » et donc, par définition, aux contribuables locaux.

Contrairement aux préfets et aux élus qui en raison de leur qualité sont dispensés de démontrer un intérêt à agir particulier, **le contribuable local doit, quant à lui, établir que le contrat ou les clauses dont il conteste la légalité « sont susceptibles d'emporter des conséquences significatives sur les finances ou le patrimoine de la collectivité ».**

L'examen de l'ensemble des décisions sur recours « *Tarn-et-Garonne* » montre l'extrême sévérité du juge sur l'intérêt à agir des tiers. La très grande majorité des décisions rendues par les juridictions d'appel et par le Conseil d'État considèrent que l'intérêt à agir n'est pas rempli. Pour le contribuable local, l'exercice de démonstration de l'augmentation « *significative* » des charges sur les finances locales sera particulièrement compliqué voire impossible et le juge aura le loisir de servir de l'imprécision du terme « *significatif* » pour rejeter les recours des tiers. L'état actuel de la jurisprudence sur ce sujet est bien trop protecteur des Administrations.

Par conséquent, si cet arrêt du Conseil d'État casse celui de la Cour administrative d'appel de Nancy, il ne donne pas pour autant raison aux contribuables locaux. La Haute juridiction reproche à la juridiction d'appel de ne pas avoir correctement motivé son arrêt et renvoi donc le litige devant cette même Cour. Il faut maintenant attendre une modulation de la jurisprudence « *Tarn-et-Garonne* » pour que le principe de légalité retrouve la place qui doit être la sienne.

CE 27 mars 2020, M. I. H. et autres, req. n°426291

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par une délibération du 15 avril 2011, le conseil de la communauté urbaine du Grand Nancy, devenue depuis la métropole du Grand Nancy, a autorisé son président à signer avec les sociétés ERDF, devenue Enedis, et EDF, un contrat de concession du service public du développement et de l'exploitation du réseau de distribution et de fourniture d'énergie électrique aux tarifs réglementés. Par un arrêt devenu définitif du 12 mai 2014, la cour administrative d'appel de Nancy a annulé cette délibération ainsi que la décision du président de la communauté urbaine de signer cette convention en tant que figuraient à son cahier des charges les articles 2 et 19 relatifs à la propriété des compteurs électriques, et l'article 31 concernant l'indemnité de fin de contrat en cas de résiliation anticipée, qui comportaient des clauses illégales. Tirant les conséquences de cet arrêt, la communauté urbaine du Grand Nancy a, le 25 février 2015, signé avec les sociétés EDF et ERDF un avenant modifiant les clauses des articles 2, 19 et 31 du contrat. Se prévalant de leur qualité d'usagers du service public et de contribuables locaux, M. I. H. et autres ont demandé l'annulation de cet avenant devant le tribunal administratif de Nancy qui a rejeté leur demande par un jugement en date du 2 mai 2017. Ils se pourvoient en cassation contre l'arrêt du 16 octobre 2018 par lequel la cour administrative d'appel de Nancy a rejeté l'appel qu'ils ont formé contre ce jugement.

Sur les conclusions à fins de non-lieu présentées par la métropole du Grand Nancy :

2. La métropole du Grand Nancy fait valoir que par une délibération du conseil métropolitain du 20 décembre 2019, le contrat de concession litigieux a été résilié à compter du 31 décembre 2019 et que le recours des demandeurs est par voie de conséquence privé d'objet. **Toutefois, la circonstance que le contrat de concession ait été résilié n'est pas de nature à priver d'objet le présent pourvoi, qui tend à l'annulation de l'avenant adopté le 25 février 2015 et qui a été en vigueur à compter de cette date. Ses conclusions à fins de non-lieu doivent par suite être rejetées.**

Sur le pourvoi :

3. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Ce recours doit être exercé dans un délai de deux mois à compter de l'accomplissement des mesures de publicité appropriées, notamment au moyen d'un avis mentionnant à la fois la conclusion du contrat et les modalités de sa consultation dans le respect des secrets protégés par la loi.
4. **Saisi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus de conclusions contestant la validité d'un contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat de vérifier que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine. Lorsque l'auteur du recours se prévaut de sa qualité de contribuable local, il lui revient d'établir que la convention ou les clauses dont il conteste la validité sont susceptibles d'emporter des conséquences significatives sur les finances ou le patrimoine de la collectivité.**
5. Il ressort des motifs de l'arrêt attaqué que M. I. H. et autres se prévalaient notamment de leur qualité de contribuables locaux pour contester, d'une part, la validité des clauses de l'avenant relatives à la délimitation du périmètre des ouvrages concédés, dont ils estimaient qu'elles n'incluaient pas dans les biens de retour qui, en principe, reviennent gratuitement à l'autorité concédante à l'expiration de la concession, les dispositifs de suivi intelligent, de contrôle, de coordination et de stockage des flux électriques mentionnés à l'article 2 du cahier des charges modifié, alors, selon eux, que ces équipements étaient nécessaires à l'exploitation des compteurs Linky et, partant, au fonctionnement du service public. Ils contestaient, d'autre part, la validité des clauses relatives à l'indemnité susceptible d'être versée au concessionnaire en cas de rupture anticipée du contrat, dont ils estimaient que l'application pouvait excéder le montant du préjudice réellement subi par ce

dernier et constituer de ce fait une libéralité prohibée.

6. **Pour écarter l'intérêt à agir des requérants en tant que contribuables locaux, la cour s'est en premier lieu fondée sur le caractère aléatoire du déploiement des dispositifs exclus de la liste des ouvrages concédés par l'article 2 du cahier des charges et sur le caractère incertain de la mise en œuvre de la clause relative à la rupture anticipée du contrat. Elle a ce faisant commis une erreur de droit, le caractère éventuel ou incertain de la mise en œuvre de clauses étant par lui-même dépourvu d'incidence sur l'appréciation de leur répercussion possible sur les finances ou le patrimoine de l'autorité concédante. En second lieu, en se fondant sur la spécificité des dispositions du code de l'énergie, dont l'article L. 111-52 fixe des zones de desserte exclusives pour les gestionnaires de réseaux publics et attribue de ce fait un monopole légal à la société Enedis, et sur la durée de la convention litigieuse, qui a été conclue pour trente ans, pour estimer que la mise en œuvre de l'indemnité pour rupture anticipée du contrat était trop hypothétique pour suffire à établir que les finances ou le patrimoine de la métropole s'en trouveraient affectés de façon significative, alors qu'au vu des évolutions scientifiques, techniques, économiques et juridiques propres au secteur de l'énergie, des modifications d'une telle concession sont probables au cours de la période couverte par le contrat et pourraient notamment nécessiter la mise en œuvre des clauses critiquées, la cour a commis une autre erreur de droit. Par suite, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens du pourvoi, son arrêt doit être annulé.**
7. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge respective de la métropole du Grand Nancy et des sociétés Enedis et EDF la somme de 1 000 € à verser chacune aux requérants, au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les mêmes dispositions font en revanche obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge des requérants qui ne sont pas, dans la présente instance, la partie perdante.

Décide :

Article 1^{er} : L'arrêt du 16 octobre 2018 de la cour administrative d'appel de Nancy est annulé.

Article 2 : L'affaire est renvoyée à la cour administrative d'appel de Nancy.

Article 3 : La métropole du Grand Nancy, la société Enedis et la société EDF verseront chacune une somme totale de 1 000 € aux requérants, au titre des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les conclusions de la métropole du Grand Nancy, de la société Enedis et de la société EDF présentées au titre des mêmes dispositions sont rejetées.



Quels droits pour le sous-traitant tenu au remboursement d'une avance du fait d'une faute du titulaire du marché ?

CE 4 mars 2020, Sté Savima, n°423443

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat rappelle que lorsqu'un marché public est résilié avant que l'avance puisse être remboursée par précompte sur les prestations dues, l'acheteur public peut obtenir le remboursement de l'avance versée au titulaire du marché ou à son sous-traitant sous réserve des dépenses qu'ils ont exposées et qui correspondent à des prestations prévues au marché et effectivement réalisées. Et lorsque le sous-traitant est obligé de rembourser l'avance du fait d'une faute du titulaire, il peut engager sa responsabilité à hauteur des dépenses engagées en vue de l'exécution de prestations envisagées.

Ce qu'il faut retenir :

Point n°1 : Le sous-traitant d'un marché public a droit au versement d'une avance y compris lorsque le titulaire y renonce

Les avances accordées et versées au titulaire ou au sous-traitant sur le fondement des dispositions de l'article R. 2191-3 du code de la commande publique ont pour objet de fournir un préfinancement de l'exécution des prestations du marché. L'avance est le versement d'une partie du montant d'un contrat au titulaire avant tout commencement d'exécution des prestations et constitue à ce titre une dérogation à la règle du « *service fait* ».

L'article R. 2193-19 du code de la commande publique rappelle que dès lors que le titulaire remplit les conditions pour bénéficier d'une avance alors le sous-traitant agréé bénéficiant du paiement direct est également en droit d'en bénéficier sur simple demande dès la notification du marché public ou de l'acte spécial de sous-traitance. Il convient de souligner que le renoncement par le titulaire au bénéfice de l'avance n'empêche pas le sous-traitant d'en obtenir le versement.

Les montants qui conditionnent le versement de l'avance visé par l'article R. 2191-3 du code de la commande publique qui s'apprécie par rapport au montant global du marché public et non par rapport au montant des prestations sous-traitées. Ainsi l'avance est de droit si le montant total du marché public, et non le seul montant des prestations sous-traitées est supérieur à 50 000 euros HT et si le délai d'exécution du marché public est supérieur à 2 mois. L'assiette de l'avance versée au sous-traitant qui bénéficie du paiement direct correspond quant à elle au montant des prestations sous-traitées telles qu'elles figurent dans le marché public ou dans l'acte spécial de sous-traitance

L'avance versée s'impute sur les sommes dues au titulaire ou au sous-traitant, selon un rythme et des modalités fixés par le marché public, par précompte sur les sommes dues à titre d'acomptes, de règlement partiel définitif ou de solde. Si l'acheteur a omis de préciser dans le marché public les modalités de remboursement de l'avance, le remboursement, effectué par précompte sur les sommes dues ultérieurement au titulaire, commence lorsque le montant des prestations exécutées au titre du marché public atteint ou dépasse 65% du montant du marché public. Le remboursement complet de l'avance doit, en tout état de cause, être terminé lorsque le montant des prestations exécutées par le titulaire atteint 80% du montant TTC des prestations qui lui sont confiées au titre du marché public.

Dans son arrêt du 4 mars 2020, Sté Savima, le Conseil d'Etat rappelle que l'avance ne constitue pas un paiement définitif par l'acheteur public de sorte que ce dernier a l'obligation de recouvrer auprès de son cocontractant défaillant les fonds qu'il lui a versé au titre d'avances pour des prestations qui n'ont pas été réalisés. Ainsi, le Conseil d'Etat pose la règle selon laquelle « ***lorsque le marché est résilié avant que l'avance puisse être remboursée par précompte sur les prestations dues, le maître d'ouvrage peut obtenir le remboursement de l'avance versée au titulaire du marché ou à son sous-traitant sous réserve des dépenses qu'ils ont exposées et qui correspondent à des prestations prévues au marché et effectivement réalisées*** ».

Point n°2 : Le sous-traitant obligé de rembourser l'avance du fait d'une faute du titulaire peut engager la responsabilité de ce dernier

Dans son arrêt du 4 mars 2020, Sté Savima, le Conseil d'Etat rappelle également que lorsque le sous-traitant est obligé de rembourser l'avance du fait d'une faute du titulaire peut engager la responsabilité de ce dernier à hauteur des dépenses engagées en vue de l'exécution de prestations envisagées. Le Conseil d'Etat précise en effet que lorsque par exemple un marché public est résilié du fait d'une faute grave commise par le titulaire, alors le sous-traitant est en droit de rechercher sa responsabilité pour obtenir la réparation des préjudices que cette résiliation a pu lui causé à raison des dépenses engagées en vue de l'exécution de prestations prévues initialement au marché : « ***En cas de résiliation pour faute du marché, le remboursement de l'avance par le sous-traitant ne fait pas obstacle à ce que celui-ci engage une action contre le titulaire du marché et lui demande, le cas échéant, réparation du préjudice que cette résiliation lui a causé à raison des dépenses engagées en vue de l'exécution de prestations prévues initialement au marché*** »

CE 4 mars 2020, Sté Savima, n°423443

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, dans le cadre d'un marché de conception-réalisation passé entre le centre hospitalier de la commune de Capesterre-Belle-Eau (Guadeloupe) et la société Alfa Bâtiment, agissant en qualité de mandataire solidaire d'un groupement conjoint d'entreprises, pour la construction d'un nouvel hôpital local, le pouvoir adjudicateur a, par un acte spécial du 16 décembre 2008, accepté la société Savima en qualité de sous-traitant pour l'exécution d'une partie du lot 4-4 " Menuiserie extérieure brise soleil " et agréé ses conditions de paiement pour un

montant maximum de 2 056 253,86 euros HT. Conformément à sa demande, cette société a obtenu une avance forfaitaire de 20 % du montant des travaux sous-traités, soit la somme de 446 207,09 euros TTC. A la suite de la cession partielle, au profit de la société Saint Landry, des actifs de la société Alfa Bâtiment relatifs au chantier du nouvel hôpital, mise en redressement judiciaire, le centre hospitalier a constaté l'absence de reprise du chantier. Par un courrier du 31 août 2011, le directeur du centre hospitalier a informé la société Savima de la résiliation du marché aux torts de la société Saint Landry, survenue le 10 juin 2011. Par un titre de recettes émis et rendu exécutoire le 4 décembre 2012, le centre hospitalier a réclamé à la société Savima la somme de 446 207,09 euros TTC, correspondant au remboursement de l'avance forfaitaire sur travaux qui lui avait été versée. Par un arrêt du 21 juin 2018 contre lequel la société Savima se pourvoit en cassation, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté l'appel que la société avait formé contre le jugement du tribunal administratif de la Guadeloupe rejetant sa demande tendant à l'annulation de ce titre exécutoire.

2. *Les avances accordées et versées au titulaire d'un marché sur le fondement des dispositions de l'article 87 du code des marchés publics, applicable au litige, ont pour objet de lui fournir une trésorerie suffisante destinée à assurer le préfinancement de l'exécution des prestations qui lui ont été confiées. Le principe et les modalités de leur remboursement sont prévus par les dispositions de l'article 88 de ce code, dont la substance a été reprise aux articles R. 2191-11 et R. 2191-12 du code de la commande publique, qui permettent au maître d'ouvrage d'imputer le remboursement des avances par précompte sur les sommes dues au titulaire du marché à titre d'acomptes, de règlement partiel définitif ou de solde. L'article 115 du même code, dont la substance a été reprise aux articles R. 2193-17 et suivants du code de la commande publique, prévoit que ces dispositions s'appliquent aux sous-traitants bénéficiaires du paiement direct. **Il résulte de la combinaison de ces dispositions que lorsque le marché est résilié avant que l'avance puisse être remboursée par précompte sur les prestations dues, le maître d'ouvrage peut obtenir le remboursement de l'avance versée au titulaire du marché ou à son sous-traitant sous réserve des dépenses qu'ils ont exposées et qui correspondent à des prestations prévues au marché et effectivement réalisées. En cas de résiliation pour faute du marché, le remboursement de l'avance par le sous-traitant ne fait pas obstacle à ce que celui-ci engage une action contre le titulaire du marché et lui demande, le cas échéant, réparation du préjudice que cette résiliation lui a causé à raison des dépenses engagées en vue de l'exécution de prestations prévues initialement au marché.***
3. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la cour a tout d'abord estimé que le maître d'ouvrage ne pouvait en l'espèce obtenir le remboursement de l'avance qu'il avait versée à la société sous-traitante par précompte sur les sommes dues au sous-traitant, sur le fondement des dispositions des articles 88 et 115 du code des marchés publics alors applicable et de l'article 6.3 du cahier des clauses administratives particulières, dès lors que cette société n'avait pas exécuté, ne serait-ce que partiellement, les prestations qui lui avaient été confiées. La cour administrative d'appel a ensuite estimé que, dans les circonstances de l'espèce, les conditions de la répétition d'un indu n'étaient pas réunies mais que le centre hospitalier pouvait, pour émettre le titre de recettes en litige, se fonder sur la théorie de l'enrichissement sans cause. Ce faisant, la cour a commis une erreur de droit dès lors que, ainsi qu'il a été dit au point 2, le fondement du remboursement des avances par le sous-traitant, à raison d'une absence totale ou partielle de réalisation de ses prestations, repose sur les articles 88 et 115 du code des marchés publics applicable au litige alors même que le marché résilié n'aurait pas été exécuté.
4. Il résulte de ce qui précède que la société Savima est fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué.
5. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge du centre hospitalier de Capesterre-Belle-Eau la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En revanche, les mêmes dispositions font obstacle à ce que soit mise à la charge de la société Savima une somme à ce titre.

DECIDE :

Article 1er : L'arrêt du 21 juin 2018 de la cour administrative d'appel de Bordeaux est annulé.

Article 2 : L'affaire est renvoyée à la cour administrative d'appel de Bordeaux.

Article 3 : Le centre hospitalier de Capesterre-Belle-Eau versera à la société Savima la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 4 : Les conclusions présentées par le centre hospitalier de Capesterre-Belle-Eau au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.



Candidats évincés : quel droit à indemnisation en cas de recours à une procédure irrégulière ?

CE 28 février 2020, Sté Régéal des Iles, n°426162

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat apporte d'utiles précisions sur l'étendue du droit à indemnisation d'un candidat évincé lorsque l'irrégularité affecte le choix même de la procédure de passation d'un contrat lancée par l'acheteur public, comme par exemple, en cas de recours irrégulier à la procédure du dialogue compétitif pour l'attribution d'un marché public ou, comme en l'espèce, en d'attribution d'un contrat selon la procédure de délégation de service public au lieu d'une procédure de marché public.

Ce qu'il faut retenir :

Point n°1 : Rappel du cadre juridique des droits à indemnisation des candidats irrégulièrement évincés de l'attribution d'un contrat public

Dans son arrêt du 28 février 2020, Sté Régéal des Iles, le Conseil d'Etat précise le cadre juridique des droits à indemnisation des candidats irrégulièrement évincés de l'attribution d'un contrat public.

Dans la continuité de sa précédente jurisprudence (CE 14 octobre 2019, Sté les Téléskis de la Croix Fry, n°418317), le Conseil d'Etat rappelle tout d'abord que la perte de chance d'obtenir le contrat n'est indemnisable qu'en tant qu'elle est la conséquence directe de l'irrégularité commise : le juge doit ainsi vérifier d'une part, que l'irrégularité invoquée est la cause directe de l'éviction du candidat évincé ; d'autre part, qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute en résultant et le préjudice dont le candidat demande l'indemnisation.

Si ces conditions sont remplies, alors le juge peut apprécier souverainement la graduation du droit à indemnisation selon la grille suivante : si l'irrégularité commise **(1)** si le candidat évincé n'était pas dépourvu de toute chance d'emporter le contrat, lui ouvrant un droit au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre, ou **(2)** si cette chance était sérieuse, lui ouvrant ainsi un droit à être indemnisé de son manque à gagner incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre.

Le Conseil d'Etat profite de l'occasion pour rappeler que dans l'hypothèse où l'acheteur public renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général, le candidat perd alors tout droit à indemnité.

Point n°2 : Le droit à indemnisation en cas d'attribution d'un contrat selon une procédure irrégulière

L'évaluation de la perte de chance d'obtenir un contrat au terme d'une procédure aussi radicalement différente que celle qui s'applique aux marchés publics lorsque la procédure suivie était celle applicable aux concessions paraît difficile voire impossible.

Cela étant, l'impossibilité d'évaluer des chances sérieuses d'obtenir un contrat de nature différente ou soumis à une procédure complètement différente n'empêche pas de constater que l'irrégularité du choix de la procédure a conduit les candidats à présenter des offres en vain et donc à engager des frais dans une compétition qui ne pouvait aboutir par la faute de la personne publique.

C'est la raison pour laquelle le Conseil d'Etat considère que l'irrégularité tenant au choix de la procédure ne saurait conduire le juge à

exclure par principe tout lien direct de causalité entre l'irrégularité et le préjudice provoqué par l'éviction et peut ouvrir droit, à minima, au remboursement des frais engagés par le candidat évincé dès lors qu'il n'est pas acquis que sa candidature ou son offre aurait été rejetée.

CE 28 février 2020, Sté Régal des Iles, n°426162

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier du dossier soumis aux juges du fond que la commune de Saint-Benoît a, par un avis d'appel public à la concurrence publié le 30 juillet 2013, lancé une procédure ouverte de passation d'une convention de délégation de service public pour la gestion de son service de restauration municipale. Par une lettre du 2 décembre 2013, la société Régal des Iles a été informée par le maire de cette commune que son offre n'avait pas été retenue. La société Régal des Iles a présenté devant le tribunal administratif de La Réunion un recours en contestation de la validité de ce contrat, conclu le 8 janvier 2014 par la commune de Saint-Benoît avec la société SOGECCIR, assorti d'une demande indemnitaire d'un montant de 8 758 890 euros en réparation de son préjudice résultant, d'une part, de son manque à gagner sur dix ans et, d'autre part, des frais engagés pour la présentation de son offre. Par un jugement du 31 mars 2016, rectifié par une ordonnance du 13 juin 2016, le tribunal administratif de La Réunion, après avoir requalifié le contrat litigieux en marché public et estimé que celui-ci était affecté de plusieurs vices présentant un caractère d'une particulière gravité, a prononcé la résiliation du contrat à compter du premier jour du sixième mois suivant la notification du jugement et rejeté le surplus de sa demande. Par l'arrêt du 8 octobre 2018, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté l'appel principal et l'appel incident formés contre ce jugement, respectivement, par la commune de Saint-Benoît et la société Régal des Iles. Cette dernière se pourvoit en cassation contre cet arrêt en tant qu'il a rejeté ses conclusions d'appel incident tendant à la condamnation de la commune à lui verser une somme de 8 758 890 euros.
2. ***Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat. En l'absence de toute chance, il n'a droit à aucune indemnité. Dans le cas contraire, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Il convient en outre de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat. Si tel est le cas, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre, lesquels n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique. En revanche, le candidat ne peut prétendre à une indemnisation de ce manque à gagner si la personne publique renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général.***
3. ***Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que, par des motifs non contestés dans le cadre du présent pourvoi, la cour administrative d'appel de Bordeaux a requalifié le contrat de délégation de service public en marché public et a relevé que ce contrat, conclu sans que le contenu et les conditions de mise en oeuvre des critères de sélection des offres n'aient été définis et sans publication d'un avis d'attribution de niveau européen, était affecté de plusieurs vices présentant un caractère d'une particulière gravité.***
4. Il ressort des pièces du dossier qui lui était soumis que la cour n'a pas commis d'erreur de droit ni dénaturé les pièces du dossier en estimant que les irrégularités mentionnées ci-dessus n'avaient pas privé la société Régal des Iles d'une chance sérieuse d'emporter le marché en litige, alors même que cette société a, postérieurement à la résiliation du contrat en litige, conclu avec la commune de Saint-Benoît un marché public pour la gestion du service de restauration municipale. La cour, qui a suffisamment motivé son arrêt, n'a pas davantage méconnu la portée des écritures de la requérante sur ce point.
5. En revanche, il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que la société Régal des Iles a été admise à présenter une offre dans le cadre de la procédure de conclusion du contrat de délégation en litige, que cette offre a été classée en deuxième position et, ainsi qu'il vient d'être dit, que la société requérante s'est vue attribuer le marché public pour la gestion du service de restauration municipale de la commune de Saint-Benoît. Dans ces conditions, la cour administrative d'appel de Bordeaux a dénaturé les pièces du dossier en estimant, pour rejeter les conclusions indemnitaires de la société Régal des Iles au titre des frais qu'elle a engagés pour présenter son offre, que le recours irrégulier à la procédure de passation des délégations de service public par la commune de Saint-Benoît n'était pas

susceptible d'avoir eu une incidence sur l'éviction de la société Régal des Iles et que celle-ci était dépourvue de toute chance d'obtenir ce marché.

6. Il résulte de ce qui précède que la société Régal des Iles est fondée à demander l'annulation de l'arrêt qu'elle attaque en tant seulement qu'il a rejeté ses conclusions, présentées par la voie de l'appel incident, tendant à l'indemnisation des frais engagés pour la présentation de son offre.
7. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la commune de Saint-Benoît la somme de 3 000 euros à verser à la société Régal des Iles, au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Les mêmes dispositions font obstacle à ce qu'une somme soit mise à ce titre à la charge de la société Régal des Iles qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

DECIDE :

Article 1er : L'arrêt du 8 octobre 2018 de la cour administrative d'appel de Bordeaux est annulé en tant qu'il a rejeté les conclusions de la société Régal des Iles tendant à l'indemnisation des frais engagés pour la présentation de son offre.

Article 2 : L'affaire est renvoyée dans cette mesure à la cour administrative d'appel de Bordeaux.

Article 3 : La commune de Saint-Benoît versera à la société Régal des Iles une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Ses conclusions présentées sur le même fondement sont rejetées.



La réception de l'ouvrage emporte la réception de l'ensemble des prestations de maîtrise d'œuvre

CE 2 décembre 2019, Sociétés Guervilly, Puig Pujol Architecture, req.n°423544

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat rappelle d'une part que la réception met fin aux rapports contractuels entre le maître de l'ouvrage et le maître d'œuvre en ce qui concerne les prestations indissociables de la réalisation de l'ouvrage au nombre desquelles figurent les missions de conception ; d'autre part, que l'absence de notification du décompte général permet au maître de l'ouvrage d'appeler en garantie le maître d'œuvre pour la prise en charge des travaux supplémentaires.

Enseignement n°1 : La réception de l'ouvrage emporte réception de l'ensemble des prestations de maîtrise d'œuvre

Dans son arrêt, le Conseil d'Etat considère qu'il n'y a aucune raison de distinguer à l'intérieur des missions de la maîtrise d'œuvre, celles relatives à la conception de l'ouvrage de celles liées à la réalisation de l'ouvrage de sorte qu'il faut considérer que la réception met fin aux rapports contractuels entre le maître de l'ouvrage et le maître d'œuvre en ce qui concerne l'intégralité des missions de réalisation et de conception de l'ouvrage.

La réception de l'ouvrage emporte donc réception de l'ensemble des prestations de maîtrise d'œuvre y compris celles relatives à la conception de l'ouvrage

Enseignement n°2 : l'absence de notification du décompte général permet au maître de l'ouvrage d'appeler en garantie le maître d'œuvre

Cet arrêt est également l'occasion de rappeler que tant que le maître de l'ouvrage n'a pas notifié le décompte général du marché, il est en droit d'appeler en garantie le maître d'œuvre pour la prise en charge notamment des retards ou des travaux supplémentaires.

La réception demeure par elle-même sans effet sur les droits et obligations financiers nés de l'exécution du marché dont la détermination intervient définitivement lors de l'établissement du solde du décompte définitif. Seule l'intervention du décompte général et définitif du marché a pour conséquence d'interdire au maître de l'ouvrage toute réclamation à cet égard.

Le Conseil d'Etat rappelle ensuite que si la charge définitive de l'indemnisation du coût des travaux supplémentaires indispensables à la réalisation d'un ouvrage dans les règles de l'art à laquelle a droit l'entrepreneur incombe, en principe, au maître de l'ouvrage, celui-ci est fondé, en cas de faute du maître d'œuvre, à l'appeler en garantie et qu'il en va ainsi :

Lorsque la nécessité de procéder à ces travaux n'est apparue que postérieurement à la passation du marché, en raison d'une mauvaise évaluation initiale par le maître d'œuvre, et qu'il établit qu'il aurait renoncé à son projet de construction ou modifié celui-ci s'il en avait été avisé en temps utile.

Lorsque, en raison d'une faute du maître d'œuvre dans la conception de l'ouvrage ou dans le suivi de travaux, le montant de l'ensemble des travaux qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art est supérieur au coût qui aurait dû être celui de l'ouvrage si le maître d'œuvre n'avait commis aucune faute, à hauteur de la différence entre ces deux montants (application de la solution dégagée dans CE 20 décembre 2017, Communauté d'agglomération du Grand Troyes, n°401747).

CE 2 décembre 2019, Sociétés Guervilly, Puig Pujol Architecture, req.n°423544

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumises au juge du fond que, pour la construction de son nouvel hôpital, le centre hospitalier Francis Vals, situé à Port-la-Nouvelle a confié la maîtrise d'œuvre de l'opération à un groupement solidaire formé entre les sociétés Guervilly, Puig Pujol et Bâti Structure Ouest et la réalisation des travaux de fondations et de gros œuvre du bâtiment à la société SM Entreprise. La cour administrative d'appel de Marseille, après avoir condamné, par un arrêt du 21 décembre 2017 ayant fait l'objet d'une rectification le 9 avril 2018, le centre hospitalier à verser à cette entreprise, dans le cadre du règlement financier de son marché, la somme de 619 889,79 euros TTC au titre des travaux supplémentaires qu'elle avait dû effectuer, a, par un nouvel arrêt du 2 juillet 2018 intervenu à l'issue d'une mesure d'instruction, condamné solidairement les sociétés Guervilly, Puig Pujol Architecture et Bâti Structure Ouest à garantir le centre hospitalier du montant de 518 372,11 euros TTC au titre du surcoût de construction. Les sociétés Guervilly, Puig Pujol Architecture et Bâti Structure Ouest se pourvoient en cassation contre ce dernier arrêt.
2. En premier lieu, il ressort des pièces du dossier que, contrairement à ce qui est soutenu, la minute porte les signatures requises par les dispositions de l'article R. 741-7 du code de justice administrative.
3. En second lieu, il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que, pour estimer que le centre hospitalier Francis Vals était fondé à demander la condamnation solidaire de la société Guervilly, de la société Pujol et de la société Bati Structure Ouest à le garantir de la condamnation prononcée à son encontre au titre du surcoût de construction, la cour administrative d'appel de Marseille a, d'une part, relevé que ce surcoût était directement imputable à faute de conception de l'ouvrage des maîtres d'œuvre et, d'autre part, estimé que ces derniers ne pouvaient se prévaloir de la réception de l'ouvrage ni du caractère définitif du décompte du marché de travaux.
4. D'une part, l'entrepreneur a le droit d'être indemnisé du coût des travaux supplémentaires indispensables à la réalisation d'un ouvrage dans les règles de l'art. La charge définitive de l'indemnisation incombe, en principe, au maître de l'ouvrage. Toutefois, le maître d'ouvrage est fondé, en cas de faute du maître d'œuvre, à l'appeler en garantie, sans qu'y fasse obstacle la réception de l'ouvrage. Il en va ainsi lorsque la nécessité de procéder à ces travaux n'est apparue que postérieurement à la passation du marché, en raison d'une mauvaise évaluation initiale par le maître d'œuvre, et qu'il établit qu'il aurait renoncé à son projet de construction ou modifié celui-ci s'il en avait été avisé en temps utile. Il en va de même lorsque, en raison d'une faute du maître d'œuvre dans la conception de l'ouvrage ou dans le suivi de travaux, le montant de l'ensemble des travaux qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art est supérieur au coût qui aurait dû être celui de l'ouvrage si le maître d'œuvre n'avait commis aucune faute, à hauteur de la différence entre ces deux montants.
5. Par l'arrêt attaqué, la cour a retenu que le renchérissement de la construction résultait non des seules nécessités constructives du site, mais de l'existence d'une faute de conception des maîtres d'œuvre résultant d'une mauvaise évaluation initiale dont les conséquences en termes de travaux supplémentaires ne sont apparues que postérieurement à la passation des marchés de maîtrise d'œuvre et de travaux et que le centre hospitalier Francis Vals a établi qu'il aurait

modifié le projet de construction s'il avait été avisé en temps utile de la nécessité de procéder à ces travaux supplémentaires. La cour a pu légalement déduire des constatations et appréciations qu'elle a portées dans le cadre de son pouvoir souverain, lesquelles sont exemptes de dénaturation, que les maîtres d'œuvre devaient être solidairement condamnés à garantir le maître d'ouvrage de la condamnation prononcée à son encontre au titre du surcoût de construction directement imputable à cette erreur.

6. D'autre part, la réception d'un ouvrage est l'acte par lequel le maître de l'ouvrage déclare accepter l'ouvrage avec ou sans réserve. Elle vaut pour tous les participants à l'opération de travaux, même si elle n'est prononcée qu'à l'égard de l'entrepreneur, et met fin aux rapports contractuels entre le maître de l'ouvrage et les constructeurs en ce qui concerne la réalisation de l'ouvrage. Si elle interdit, par conséquent, au maître de l'ouvrage d'invoquer, après qu'elle a été prononcée, et sous réserve de la garantie de parfait achèvement, des désordres apparents causés à l'ouvrage ou des désordres causés aux tiers, dont il est alors réputé avoir renoncé à demander la réparation, elle ne met fin aux obligations contractuelles des constructeurs que dans cette seule mesure. Ainsi la réception demeure, par elle-même, 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 du décompte définitif. Seule l'intervention du décompte général et définitif du marché a pour conséquence d'interdire au maître de l'ouvrage toute réclamation à cet égard.
7. Si, aux termes des stipulations de l'article 32 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de prestations intellectuelles, applicable au marché de maîtrise d'œuvre en cause : " Les prestations faisant l'objet du marché sont soumises à des vérifications destinées à constater qu'elles répondent aux stipulations prévues dans le marché (...) ", et aux termes des stipulations de l'article 33.2 du même cahier : " La personne responsable du marché prononce la réception des prestations si elles répondent aux stipulations du marché. La date de prise d'effet de la réception est précisée dans la décision de réception ; à défaut, c'est la date de notification de cette décision (...) ", il résulte de ce qui a été dit au point précédent qu'indépendamment de la décision du maître d'ouvrage de réceptionner les prestations de maîtrise d'œuvre prévue par les stipulations précitées de l'article 32 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de prestations intellectuelles, 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.
8. Il suit de là qu'en justifiant par le fait que la réception de l'ouvrage n'a pas pour objet de constater les éventuelles fautes de conception imputables au maître d'œuvre de l'opération, lesquelles ont vocation à être constatées et réservées, le cas échéant, à l'occasion de la réception des prestations du marché de maîtrise d'œuvre, le constat que cette réception 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, la cour administrative d'appel de Marseille a commis une erreur de droit. Toutefois, ce motif, qui ne justifie pas la solution retenue par la cour compte tenu de ce qui a été dit au point 4, présente un caractère surabondant. Par suite, le moyen tiré de l'erreur de droit affectant cette partie de l'arrêt peut être écarté comme inopérant.
9. Il résulte de tout ce qui précède que les sociétés Guervilly, Puig Pujol Architecture et Bâti Structure Ouest ne sont pas fondées à demander l'annulation de l'arrêt qu'elles attaquent.
10. Les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce qu'il soit fait droit aux conclusions présentées à ce titre par les sociétés Guervilly, Puig Pujol Architecture et Bâti Structure Ouest. En revanche, il y a lieu de mettre à la charge de ces sociétés la somme de 3 000 euros présentées au même titre par le centre hospitalier Francis Valls.

DECIDE :

Article 1er : Le pourvoi des sociétés Guervilly, Puig Pujol Architecture et Bâti Structure Ouest est rejeté.

Article 2 : Il est mis à la charge des sociétés Guervilly, Puig Pujol Architecture et Bâti Structure Ouest la somme globale de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la société Guervilly, représentant unique ainsi qu'au centre hospitalier Francis Valls.



Modalités de répartition et de contestation des pénalités par les membres d'un groupement conjoint

CE 2 décembre 2019, Sté Giraud-Serin, req.n°422615

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat se prononce pour la première fois sur les modalités de contestation des pénalités de retard par les membres d'un groupement conjoint et la compétence du juge administratif pour trancher ce type de litige.

Enseignement n°1 : Les modalités de répartition des pénalités de retard dans un groupement conjoint

L'article R2142-20 du Code de la commande publique rappelle qu'un groupement est **(1)** conjoint lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché ou **(2)** solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché.

Dans un groupement conjoint, le décompte général du marché établi par le maître de l'ouvrage, doit distinguer les comptes de chaque membre du groupement en indiquant les sommes auxquelles il a droit au titre des prestations qu'il a effectuées et les pénalités de retard qui lui sont infligées.

Le maître de l'ouvrage arrête le montant des pénalités pour chacun des membres du groupement en fonction des indications données par le mandataire. En cas d'inaction du mandataire, le maître de l'ouvrage impute la totalité des pénalités sur le décompte général et définitif de ce dernier. Le Conseil d'Etat rappelle que « *s'il incombe au maître de l'ouvrage de liquider le montant global des pénalités de retard dues par l'ensemble des entreprises, il appartient au seul mandataire commun de répartir entre les entreprises les pénalités dont il fait l'avance jusqu'à ce qu'il ait fourni les indications nécessaires à leur répartition. En cas d'inaction du mandataire commun le maître de l'ouvrage est tenu de lui imputer la totalité des pénalités. Dans cette hypothèse, sauf s'il est dans l'impossibilité de recouvrer effectivement le montant de ces pénalités sur le mandataire, le maître de l'ouvrage ne peut les imputer à une autre entreprise* ».

En revanche, lorsque le mandataire commun s'est acquitté de l'obligation de fournir au maître d'ouvrage les indications nécessaires à la répartition des pénalités de retard entre les cotraitants, le maître de l'ouvrage ne peut se substituer au mandataire pour les modifier, et est tenu de s'y conformer pour procéder à la répartition des pénalités entre les membres du groupement.

Enseignement n°2 : Les modalités de contestation des pénalités de retard dans un groupement conjoint

Les membres d'un groupement conjoint peuvent contester 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.

Si l'un des membres d'un groupement conjoint entend également contester la répartition ressortant du décompte général du groupement, que le maître d'ouvrage a opérée entre eux conformément aux indications fournies par le mandataire commun, il lui

appartient, à défaut de trouver entre eux une résolution amiable, de présenter des conclusions dirigés contre les autres sociétés membres du groupement tendant au règlement, par le juge administratif, de la répartition finale de ces pénalités entre eux.

Si le juge fait droit à cette demande, en totalité ou en partie, il en tient compte dans l'établissement du solde propre à chaque société membre. Concrètement, cette contestation devra se faire dans le cadre de la contestation du décompte en appelant en garantie le mandataire et le ou les autres membres du groupement s'il entend aussi contester la répartition des pénalités entre eux et le juge administratif sera compétent pour traiter de l'ensemble de ces conclusions.

Si le juge constate à l'occasion de la contestation de son décompte par un membre du groupement que le maître de l'ouvrage a tenu compte d'un nombre de jours de retards excessifs, il devra commencer par diminuer le montant global des pénalités. Ce n'est que dans un second temps qu'il devra vérifier si cette diminution doit se traduire par une diminution du montant des pénalités mises à la charge du requérant. Si ce n'est pas le cas, cette erreur n'aura pas pour effet de diminuer la part du requérant.

Si la contestation ne porte que sur la seule répartition des pénalités entre les membres du groupement conjoint, le requérant devra accepter le décompte mais pourra ensuite agir contre les autres membres du groupement, sur le fondement de leur responsabilité quasi-délictuelle car cette action ne sera pas fondée sur l'application de la convention de groupement, mais sur les retards commis par les autres membres du groupement dans l'exécution du marché public, qui lui auront causé un préjudice.

Cette action relève également de la compétence du juge administratif (TC, 2 juin 2008, Souscripteurs des Lloyds de Londres, n° 3621, p. 555). Les membres d'un groupement conjoint peuvent ainsi rechercher la responsabilité du mandataire commun si elles estiment qu'il a commis une faute pour avoir communiqué au maître d'ouvrage des indications erronées, imprécises ou insuffisantes, sous réserve qu'il en soit résulté pour elles un préjudice financier ou économique.

CE 2 décembre 2019, Sté Giraud-Serin, req.n°422615

Considérant ce qui suit :

1. Le pourvoi de la société Giraud-Serin enregistré sous le n° 422615 et sa requête enregistrée sous le n° 425080 sont dirigés contre le même arrêt du 26 juin 2018 de la cour administrative d'appel de Bordeaux. Il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision.

Sur le pourvoi :

5. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par un acte d'engagement du 28 novembre 2006, la région Midi-Pyrénées, ayant comme maître d'ouvrage délégué la société de construction et gestion Midi-Pyrénées (COGEMIP), a confié à un groupement conjoint d'entreprises dont le mandataire commun était la société Thomas et Danizan, le lot n° 2 " clos et couvert " dans le cadre des travaux de reconstruction du lycée Gallieni à Toulouse, pour un montant total de 41 403 683,24 euros TTC, porté par avenants à la somme de 46 462 505,32 euros. La société Serin Constructions métalliques, aux droits de laquelle se trouve désormais la société Giraud-Serin, membre de ce groupement, s'est vu confier, parmi les sept sous-lots du lot n° 2, le sous-lot n° 2-2 relatif aux travaux de charpente métallique et des planchers des bâtiments " enseignements " et " ateliers ". A la suite d'un différend né entre la société Serin Constructions métalliques et le maître d'ouvrage à propos du règlement du solde de sa part du marché du lot n° 2, portant notamment sur le montant des pénalités de retard, la société a saisi le tribunal administratif de Toulouse qui, par un jugement du 24 février 2016, a condamné solidairement la région Midi-Pyrénées et la COGEMIP à verser à la société Serin Constructions métalliques, en règlement du solde de sa part de marché, la somme de 1 212 015,64 euros assortie des intérêts moratoires et de leur capitalisation. Par un arrêt du 26 juin 2018, contre lequel se pourvoit la société Giraud-Serin, la cour administrative de Bordeaux a, d'une part, sur appel de la région Midi-Pyrénées et de la COGEMIP, établi le montant des pénalités de retard mises à la charge de la société Serin Constructions métalliques à la somme de 4 693 038,75 euros TTC, arrêté le solde négatif de sa part du marché à la somme de 4 285 388,21 euros, condamné cette société à verser ce montant à la région Midi Pyrénées devenue la région Occitanie et réformé le jugement attaqué en ce qu'il avait de contraire à l'arrêt.
6. En premier lieu, aux termes des stipulations de l'article 20.7 du cahier des clauses administratives générales (CCAG) Travaux, applicable au marché en litige : " Dans le cas d'entrepreneurs groupés pour lesquels le paiement est effectué à des comptes séparés, les pénalités (...) sont réparties entre les cotraitants conformément aux indications données par le mandataire, sauf stipulations différentes du cahier des clauses administratives particulières. Dans l'attente de ces indications (...) les pénalités sont retenues en totalité au mandataire (...) ". Il résulte de ces stipulations que s'il incombe au maître de l'ouvrage de liquider le montant global des pénalités de retard dues par l'ensemble des entreprises, il appartient au seul mandataire commun de répartir entre les entreprises les pénalités dont il fait l'avance jusqu'à ce qu'il ait fourni les indications nécessaires à leur répartition. En cas d'inaction du mandataire commun le maître de l'ouvrage est tenu de lui imputer la totalité des pénalités. Dans cette hypothèse, sauf s'il est dans l'impossibilité de recouvrer effectivement le montant de ces pénalités sur le mandataire, le maître de l'ouvrage ne peut les imputer à une autre

entreprise.

7. **Lorsque le mandataire commun s'est acquitté de l'obligation énoncée au point précédent, en fournissant au maître d'ouvrage les indications nécessaires à la répartition des pénalités de retard entre les cotraitants, le maître de l'ouvrage ne peut se substituer au mandataire pour les modifier, mais est tenu de s'y conformer pour procéder à la répartition des pénalités entre les membres du groupement.**
8. **Les sociétés membres d'un groupement conjoint peuvent contester 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. Si, elles entendent également contester la répartition ressortant du décompte général du groupement, que le maître d'ouvrage a opérée entre elles conformément aux indications fournies par le mandataire commun en application de l'article 20.7 du cahier des clauses administratives générales, il leur appartient, à défaut de trouver entre elles une résolution amiable, de présenter 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. Si le juge fait droit à leur demande, en totalité ou en partie, il en tient compte dans l'établissement du solde propre à chaque société membre. Ces sociétés peuvent, en outre, rechercher la responsabilité du mandataire commun si elles estiment qu'il a commis une faute pour avoir, en application de l'article 20.7 du cahier des clauses administratives générales, communiqué au maître d'ouvrage des indications erronées, imprécises ou insuffisantes, sous réserve qu'il en soit résulté pour elles un préjudice financier ou économique.**
9. Il résulte de ce qui précède qu'en jugeant que le maître d'ouvrage, qui a fait usage, en l'espèce, de la " clé de répartition " des pénalités de retard entre membres du groupement conjoint du lot n° 2 fournie par le mandataire commun, était lié par ces indications données en application de l'article 20.7 du cahier des clauses administratives générales, et que, par suite, la société Giraud-Serin ne pouvait utilement contester, dans le cadre du recours qu'elle avait formé pour établir le solde de sa part de marché, le taux de 78,3 % que le maître d'ouvrage lui avait appliqué conformément à ces indications, la cour administrative d'appel n'a pas commis d'erreur de droit.
10. En deuxième lieu, si la société Giraud-Serin soutient que la cour n'a pas, pour fixer le montant des pénalités de retard qu'elle devait supporter, tenu compte à son égard d'un report d'exécution des travaux du 30 juillet au 17 octobre 2008, qui aurait permis de réduire à 80 jours le nombre de jours de retard arrêté par le maître d'ouvrage à 129 jours, la cour a souverainement jugé que le report invoqué ne concernait que les travaux de l'internat auxquels la société n'était pas associée et qu'aucun report d'exécution des travaux n'était intervenu s'agissant des travaux pour lesquels des retards avaient été retenus à l'encontre de la société. Elle n'a, par suite, pas entaché son arrêt d'erreur de droit en écartant le moyen tiré de ce que le maître d'ouvrage aurait implicitement renoncé à l'application des pénalités correspondantes.
11. En troisième lieu, les pénalités de retard prévues par les clauses d'un marché public ont pour objet de réparer forfaitairement le préjudice qu'est susceptible de causer au pouvoir adjudicateur le non-respect, par le titulaire du marché, des délais d'exécution contractuellement prévus. Elles sont applicables au seul motif qu'un retard dans l'exécution du marché est constaté et alors même que le pouvoir adjudicateur n'aurait subi aucun préjudice ou que le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché qui résulte de leur application serait supérieur au préjudice subi.
12. Si, lorsqu'il est saisi d'un litige entre les parties à un marché public, le juge du contrat doit, en principe, appliquer les clauses relatives aux pénalités dont sont convenues les parties en signant le contrat, il peut, à titre exceptionnel, saisi de conclusions en ce sens par une partie, modérer ou augmenter les pénalités de retard résultant du contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire, eu égard au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations.
13. Lorsque le titulaire du marché saisit le juge de conclusions tendant à ce qu'il modère les pénalités mises à sa charge, il ne saurait 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. Il lui appartient de fournir aux juges 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. Au vu de l'argumentation des parties, il incombe au juge soit de rejeter les conclusions dont il est saisi en faisant application des clauses du contrat relatives aux pénalités, soit de rectifier le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché dans la seule mesure qu'impose la correction de leur caractère manifestement excessif.
14. Pour écarter la demande de modération des pénalités de retard formulée par la société Serin constructions métalliques, la cour administrative d'appel de Bordeaux s'est bornée à relever qu'une part importante des pénalités dont cette société était contractuellement redevable à l'égard du maître d'ouvrage était consécutive aux retards provoqués par son sous-traitant et son fournisseur, et qu'il lui était loisible d'engager une action contre ceux-ci devant le juge judiciaire en vue du recouvrement de la part des pénalités qui leur était imputable et dont le pourcentage avait été déterminé dans le cadre d'une expertise. En statuant ainsi, alors qu'il lui appartenait seulement de rechercher si la demande de modération des pénalités formulée par la société titulaire pouvait être accueillie au regard des règles rappelées aux points 8 à 10, la cour a commis une erreur de droit.
15. Il résulte de ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen invoqué sur ce dernier point par le pourvoi,

que la société Giraud-Serin est fondée à demander l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il a rejeté ses conclusions tendant à la modération des pénalités de retard. Il y a lieu de renvoyer l'affaire devant la cour administrative d'appel de Bordeaux afin qu'elle se prononce à nouveau sur ces conclusions et en tire les conséquences pour la détermination du solde de la part de marché relatif au sous-lot n° 2-2.

Sur la requête :

13. Le Conseil d'Etat se prononçant par la présente décision sur le pourvoi de la société Giraud-Serin, ses conclusions tendant au sursis à exécution de l'arrêt attaqué sont devenues dans objet.

Sur les frais du litige :

14. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la région Occitanie et de la COGEMIP une somme à verser à la société Giraud-Serin au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, ou de mettre à la charge de cette société une somme à verser à la région Occitanie au même titre.

DECIDE :

Article 1er : L'arrêt du 26 juin 2018 de la cour administrative d'appel de Bordeaux est annulé en tant qu'il a rejeté les conclusions de la société Giraud-Serin tendant à la modération des pénalités de retard.

Article 2 : L'affaire est renvoyée dans cette mesure devant la cour administrative d'appel de Bordeaux.

Article 3 : Le surplus des conclusions du pourvoi de la société Giraud-Serin est rejeté.

Article 4 : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions de la requête n° 425080 de la société Giraud-Serin.

Article 5 : Les conclusions présentées par la région Occitanie au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.



Le sous-traitant a le droit à la réévaluation du montant de l'acte spécial !

CE 2 décembre 2019, Département du Nord, req.n°422307

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat se prononce pour la première fois sur le droit du sous-traitant à obtenir la réévaluation du montant de son acte spécial dès lors qu'il exécute des prestations supplémentaires que le maître de l'ouvrage ne peut ignorer.

Enseignement n°1 : Sur l'obligation pour le sous-traitant de faire agréer ses conditions de paiement direct

L'article L 2193-10 du Code de la commande publique rappelle que le droit au paiement direct est subordonné à une double condition : le sous-traitant doit avoir été accepté par le maître de l'ouvrage et les conditions de son paiement direct agréées par ce dernier. Selon l'article R 2193-1 du Code de la commande publique, l'acceptation du sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement peut intervenir soit au stade du dépôt de l'offre soit en cours d'exécution du marché. Dans le premier cas, la notification du marché emporte acceptation du sous-traitant et agrément de ses conditions de paiement. Dans le second cas, l'acceptation du sous-traitant et

l'agrément de ses conditions de paiement sont constatés par un acte spécial signé par le maître de l'ouvrage et le titulaire ou par le marché principal. Dans les deux cas, le titulaire est tenu d'indiquer au maître de l'ouvrage la nature des prestations sous-traitées ainsi que le montant maximum des sommes à verser au sous-traitant.

L'absence d'agrément fait obstacle au droit au paiement direct des prestations du sous-traitant.

Dans l'hypothèse où le sous-traitant apporte la preuve que le maître de l'ouvrage ne pouvait ignorer son existence, le sous-traitant peut alors tenter d'obtenir une partie du paiement de ses prestations en engageant la responsabilité quasi-délictuelle du maître de l'ouvrage au titre du manquement commis par ce dernier à son obligation de susciter du titulaire du marché l'agrément de son sous-traitant (CE 7 novembre 1980, S.A. Schmid-Valenciennes, n°12060, CE 28 mai 2001, SA Bernard Travaux Polynésie, n° 205449).

Enseignement n°2 : Sur le droit du sous-traitant à la réévaluation du montant du paiement direct

Le sous-traitant agréé ne peut obtenir le paiement direct du maître de l'ouvrage pour un montant supérieur à celui fixé par le marché ou l'acte spécial, sauf si elles correspondent à des travaux indispensables ou à des sujétions imprévues (CE 24 juin 2002, Département de la Seine Maritime, n° 240271, CE Sté Presspali SpA, n° 304604).

Cette affaire est intéressante dans la mesure où le Conseil d'Etat se prononce pour la première fois sur le droit du sous-traitant à la réévaluation du plafond maximum du paiement direct dès lors qu'il exécute des prestations supplémentaires que le maître de l'ouvrage ne peut ignorer. Selon le Conseil d'Etat, il incombe au maître de l'ouvrage, lorsqu'il a connaissance de l'exécution, par le sous-traitant, de prestations excédant celles prévues par l'acte spécial et conduisant au dépassement du montant maximum des sommes à lui verser par paiement direct, de 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 celle de l'acte spécial afin de tenir compte d'une nouvelle répartition des prestations avec le sous-traitant.

Ce faisant, le Conseil d'Etat pose une obligation du maître de l'ouvrage de provoquer une modification du plafond du paiement direct figurant dans l'acte spécial. Le maître de l'ouvrage peut s'apercevoir qu'un sous-traitant est en train d'exécuter des prestations au-delà du plafond de paiement direct soit parce qu'il a lui-même commandé de nouvelles prestations entrant dans le champ d'intervention du sous-traitant- imposant de la part du maître de l'ouvrage une modification de l'acte spécial- ; soit, en recevant les factures du sous-traitant pour un montant supérieur- imposant de la part du maître de l'ouvrage une modification du marché ou de l'acte spécial-.

CE 2 décembre 2019, Département du Nord, req.n°422307

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le département du Nord a conclu le 2 mars 2007 avec un groupement constitué notamment de la société SES un marché à bons de commandes, d'une durée d'un an renouvelable trois fois, portant sur la réalisation de travaux de signalisation verticale de jalonnement sur les routes du département. Par un acte spécial notifié le même jour à la société Ysenbaert, le département du Nord a accepté cette dernière comme sous-traitante de la société SES et a agréé ses conditions de paiement direct dans la limite d'un plafond annuel fixé à 107 640 euros TTC. Par un jugement du tribunal de commerce de Tours du 30 juin 2011, la société SES a été placée en liquidation judiciaire. Par un courrier du 2 août 2012, la société Ysenbaert a demandé au département du Nord le versement de la somme de 128 520,19 euros, au titre des prestations réalisées entre le 27 janvier et le 28 avril 2011. Le département a rejeté cette demande par un courrier du 7 septembre 2012. Une décision implicite de refus du département est née à la suite d'une nouvelle demande présentée le 5 mai 2014 par la société Ysenbaert. Par un jugement du 18 octobre 2016, le tribunal administratif de Lille a rejeté la demande de cette société tendant à la condamnation du département du Nord à lui verser la somme de 128 520,19 euros. Le département du Nord se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 18 octobre 2016 par lequel la cour administrative d'appel de Douai a annulé ce jugement et l'a condamné à verser à la société Ysenbaert la somme de 42 164,83 euros. Par la voie du pourvoi incident, la société Ysenbaert demande l'annulation de l'arrêt, en tant qu'il n'a fait droit que partiellement à sa requête d'appel.
2. En premier lieu, aux termes de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance : " L'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage (...) / Lorsque le sous-traitant n'aura pas été accepté ni les conditions de paiement agréées par le maître de l'ouvrage dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, l'entrepreneur principal sera néanmoins tenu envers le sous-traitant mais ne pourra invoquer le contrat de sous-traitance à l'encontre du sous-traitant ". Aux termes de l'article 5 de la même loi : " (...) En cours d'exécution du marché, l'entrepreneur principal peut faire appel à de nouveaux sous-traitants, à la condition de les avoir déclarés préalablement au maître de l'ouvrage ". Aux termes de l'article 6 de la même loi : " Le sous-traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la

part du marché dont il assure l'exécution (...) ". Aux termes de l'article 14-1 de la même loi : " (...) Le maître de l'ouvrage doit, s'il a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant n'ayant pas fait l'objet des obligations définies à l'article 3 ou à l'article 6, ainsi que celles définies à l'article 5, mettre l'entrepreneur principal ou le sous-traitant en demeure de s'acquitter de ces obligations ".

3. Aux termes de l'article 114 du code des marchés publics, dans sa rédaction applicable au litige : " L'acceptation de chaque sous-traitant et l'agrément de ses conditions de paiement sont demandés dans les conditions suivantes : 1° Dans le cas où la demande de sous-traitance intervient au moment du dépôt de l'offre ou de la proposition, le candidat fournit au pouvoir adjudicateur une déclaration mentionnant : (...) c) Le montant maximum des sommes à verser par paiement direct au sous-traitant (...); 2° Dans le cas où la demande est présentée après le dépôt de l'offre, le titulaire remet contre récépissé au pouvoir adjudicateur ou lui adresse par lettre recommandée, avec demande d'avis de réception, une déclaration contenant les renseignements mentionnés au 1°./ L'acceptation du sous-traitant et l'agrément des conditions de paiement sont alors constatés par un acte spécial signé des deux parties. Figurent dans l'acte spécial les renseignements ci-dessus mentionnés au 1°; 3° Si, postérieurement à la notification du marché, le titulaire envisage de confier à des sous-traitants bénéficiant du paiement direct l'exécution de prestations pour un montant supérieur à celui qui a été indiqué dans le marché ou l'acte spécial, il demande la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité prévus à l'article 106 du présent code (...). Le pouvoir adjudicateur ne peut pas accepter un sous-traitant ni agréer ses conditions de paiement si l'exemplaire unique ou le certificat de cessibilité n'a pas été modifié ou si la justification mentionnée ci-dessus ne lui a pas été remise. Toute modification dans la répartition des prestations entre le titulaire et les sous-traitants payés directement ou entre les sous-traitants eux-mêmes exige également la modification de l'exemplaire unique ou du certificat de cessibilité ou, le cas échéant, la production d'une attestation ou d'une mainlevée du ou des cessionnaires ".
4. **Il résulte des dispositions citées aux points 2 et 3 qu'il incombe au maître d'ouvrage, lorsqu'il a connaissance de l'exécution, par le sous-traitant, de prestations excédant celles prévues par l'acte spécial et conduisant au dépassement du montant maximum des sommes à lui verser par paiement direct, de 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.**
5. Il résulte des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le département du Nord avait connaissance du fait que le plafond, prévu dans l'acte spécial notifié le 2 mars 2007, de 107 640 euros, en-deçà duquel il devait payer directement la société Ysenbaert pour les prestations de sous-traitance réalisées pour le compte de la société SES, devait être dépassé vers le 15 novembre 2010, alors même que le contrat de sous-traitance courait jusqu'à la fin de l'année 2010. Dès lors, en jugeant que le département du Nord avait commis une faute en s'abstenant de mettre en demeure la société SES, titulaire du marché de réalisation de travaux de signalisation verticale de jalonnement sur les routes du département, de régulariser la situation de la société sous-traitante Ysenbaert eu égard aux articles 3 et 6 de la loi du 31 décembre 1975, la cour n'a entaché son arrêt ni d'erreur de droit, ni d'erreur de qualification juridique.
6. En deuxième lieu, la cour n'a pas inexactement qualifié les faits qui lui étaient soumis en considérant qu'il existait un lien direct entre le comportement fautif du département et le préjudice subi par la société Ysenbaert, le département s'étant abstenu de toute démarche à l'égard de la société SES et ayant versé à cette dernière, ultérieurement placée en redressement judiciaire, les sommes correspondant aux travaux exécutés par la société Ysenbaert au-delà du montant maximal fixé par l'acte spécial.
7. En troisième lieu, en jugeant que la société Ysenbaert et la société SES avaient chacune commis une faute de nature à atténuer la responsabilité du département du Nord, la première en poursuivant l'exécution des prestations au-delà du montant maximum fixé par l'acte spécial sans s'assurer que sa situation avait été régularisée, la seconde en négligeant de soumettre à l'agrément du département les conditions de paiement du sous-traitant pour les prestations en cause, la cour n'a pas commis d'erreur de droit.
8. Enfin, c'est par une appréciation souveraine, exempte de dénaturation, que la cour a opéré un partage de responsabilité par tiers entre le département du Nord, la société SES et la société Ysenbaert, et a condamné le département à verser à cette dernière la somme de 42 164,83 euros.
9. Il résulte de tout ce qui précède que ni le département du Nord, par la voie du pourvoi principal, ni la société Ysenbaert, par la voie du pourvoi incident, ne sont fondés à demander l'annulation de l'arrêt attaqué.
10. Il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions des deux parties tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DECIDE :

Article 1er : Le pourvoi du département du Nord est rejeté.

Article 2 : Le pourvoi incident de la société Ysenbaert et ses conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : La présente décision sera notifiée au département du Nord et à la société Ysenbaert.



Marché tacitement reconductible : quels droits à indemnisation ?

CE 2 décembre 2019, Groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine, req.n°423936

Dans cette affaire, le Conseil d'Etat apporte d'utiles précisions sur l'étendue du droit à indemnisation d'un candidat évincé lorsque le marché est tacitement reconductible. Cette affaire est l'occasion de rappeler les règles d'indemnisation pour les marchés à durée ferme et pour les marchés à tacite reconduction.

Enseignement n°1 : Du rappel des règles d'indemnisation pour les marchés à durée ferme

Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat.

En l'absence de toute chance, il n'a droit à aucune indemnité.

Si le juge considère que le candidat n'était pas dépourvu de toute chance, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre.

Si le juge considère que le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre concurrent alors il a droit à être indemnisé de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre (CE 14 octobre 2019, Sté les Téléskis de la Croix Fry, n°418317, CE 18 juin 2003, Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe et autres, n°249630).

Hypothèses	Droit à indemnisation	Montant de l'indemnisation
Aucune chance de remporter le contrat	Non	0 €
Non dépourvu de chance de remporter le contrat sans toutefois prouver la chance sérieuse d'être déclaré attributaire	Oui	Uniquement les frais de présentation de la candidature et de l'offre
Chances sérieuses	Oui	Manque à gagner : bénéfice net sur la durée certaine du contrat incluant les frais de présentation de la candidature et de l'offre

Cela étant, certaines situations pourrait venir diminuer le montant de l'indemnisation due voir l'exclure totalement. Ainsi par exemple, comme il le fait en matière de résiliation irrégulière ou d'annulation d'un contrat, le juge pourrait tenir compte, pour l'indemnisation du manque du bénéfice que le requérant a, le cas échéant, tiré de la réalisation, en qualité de titulaire ou de sous-traitant d'un nouveau marché passé par le pouvoir adjudicateur, de tout ou partie des prestations qui lui avaient été confiées par le marché résilié ou annulé (V. en ce sens CE 6 octobre 2017, Société Cegelec Perpignan, n° 395268, CE 10 février 2017, Société Bancel, n°393720).

Enseignement n°2 : Du rappel des règles d'indemnisation pour les marchés à tacite reconduction.

Lorsque le marché est tacitement reconductible, le Conseil d'Etat considère que l'indemnisation est limitée à la durée d'exécution certaine. En d'autres termes, dans le cas où le marché est susceptible de faire l'objet d'une ou de plusieurs reconductions si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, le manque à gagner ne revêt un caractère certain qu'en tant qu'il porte sur la période d'exécution initiale du contrat, autrement dit, la durée ferme et non sur les périodes de ultérieures qui ne peuvent résulter que d'éventuelles reconductions.

En revanche, il paraît utile de rappeler que le recours indemnitaire fait partie des recours de plein contentieux ou le juge doit apprécier une situation à la date à laquelle il statue. Si à cette date, le requérant apporte la preuve que le marché dont il a été irrégulièrement évincé a bien été reconduit alors le manque à gagner doit être calculé non seulement sur la période d'exécution initiale du contrat, autrement dit, la durée ferme mais également sur les périodes reconduites. Le requérant pourra d'ailleurs réclamer les factures réglées par l'acheteur public pendant les périodes de reconduction pour démontrer son préjudice certain sur la période considérée.

CE 2 décembre 2019, Groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine, req.n°423936

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par un avis d'appel public à la concurrence publié au bulletin officiel des marchés publics le 4 juin 2015, le groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert en vue de l'attribution d'un marché public ayant pour objet la fourniture de tous éléments bruts ou cuisinés et produits consommables et l'exécution d'une mission d'assistance technique aux opérations de restauration, pour un nombre de repas annuel prévisionnel de 390 000 et pour une durée de douze mois renouvelable deux fois à compter du 1er septembre 2015. Quatre sociétés, dont la société Sogeres et la société Valeurs Culinaires, ont présenté des offres. Par un courrier électronique du 31 juillet 2015, la société Valeurs Culinaires a été informée qu'elle avait été classée en deuxième position et que le marché avait été attribué à la société Sogeres. La société Valeurs Culinaires a saisi le tribunal administratif d'Orléans de conclusions tendant à l'annulation du marché conclu le 11 août 2015 entre le groupement sanitaire et la société Sogeres et à la condamnation du groupement sanitaire à lui verser la somme de 209 292,60 euros correspondant à son manque à gagner sur trois ans. Par un jugement du 16 février 2017, le tribunal administratif d'Orléans a rejeté sa demande. La cour administrative d'appel de Nantes, par un arrêt du 6 juillet 2018, a annulé ce jugement et condamné le groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine à verser à la société Valeurs Culinaires une somme de 200 000 euros. Par une décision du 29 mars 2019, le Conseil d'Etat, statuant au contentieux, n'a admis les conclusions du pourvoi du groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine dirigé contre cet arrêt qu'en tant seulement qu'il a prononcé sa condamnation à indemniser le manque à gagner de la société Valeurs Culinaires pour une durée supérieure à douze mois.
2. Aux termes de l'article 16 du code des marchés publics applicable en l'espèce, repris depuis à l'article R. 2112-4 du code de la commande publique : " Un marché peut prévoir une ou plusieurs reconductions à condition que ses caractéristiques restent inchangées et que la mise en concurrence ait été réalisée en prenant en compte sa durée totale. Sauf stipulation contraire, la reconduction prévue dans le marché est tacite et le titulaire ne peut s'y opposer ".
3. ***Lorsqu'un candidat à l'attribution d'un contrat public demande la réparation du préjudice né de son éviction irrégulière de ce contrat et qu'il existe un lien direct de causalité entre la faute résultant de l'irrégularité et les préjudices invoqués par le requérant à cause de son éviction, il appartient au juge de vérifier si le candidat était ou non dépourvu de toute chance de remporter le contrat. En l'absence de toute chance, il n'a droit à aucune indemnité. Dans le cas contraire, il a droit en principe au remboursement des frais qu'il a engagés pour présenter son offre. Il convient en outre de rechercher si le candidat irrégulièrement évincé avait des chances sérieuses d'emporter le contrat conclu avec un autre candidat. Si tel est le cas, il a droit à être indemnisé de son manque à gagner, incluant nécessairement, puisqu'ils ont été intégrés dans ses charges, les frais de présentation de l'offre, lesquels n'ont donc pas à faire l'objet, sauf stipulation contraire du contrat, d'une indemnisation spécifique. En revanche, le candidat ne peut prétendre à une indemnisation de ce manque à gagner si la personne publique renonce à conclure le contrat pour un motif d'intérêt général.***
4. ***Lorsqu'il est saisi par une entreprise qui a droit à l'indemnisation de son manque à gagner du fait de son éviction irrégulière à l'attribution d'un marché, il appartient au juge d'apprécier dans quelle mesure ce préjudice présente un caractère certain. Dans le cas où le marché est susceptible de faire l'objet d'une ou***

de plusieurs reconductions si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas, le manque à gagner ne revêt un caractère certain qu'en tant qu'il porte sur la période d'exécution initiale du contrat, et non sur les périodes ultérieures qui ne peuvent résulter que d'éventuelles reconductions.

5. Il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que, statuant sur les conclusions indemnitaires présentées par la société Valeurs Culinaires en raison de son éviction, par le groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine, de l'attribution d'un marché public ayant pour objet des prestations de restauration, la cour administrative d'appel de Nantes a jugé que cette société, irrégulièrement évincée alors qu'elle avait des chances sérieuses de l'emporter, pouvait prétendre à être indemnisée de son manque à gagner. Alors qu'il ressort des pièces du dossier soumis au juge du fond que le marché faisant l'objet de la procédure de passation litigieuse était conclu pour une période d'exécution initiale de douze mois, renouvelable deux fois, la cour a retenu que l'indemnisation du manque à gagner de la société Valeurs Culinaires devait être calculée sur une période totale de trois ans correspondant à la période d'exécution initiale ainsi qu'aux deux années supplémentaires susceptibles de faire l'objet de reconductions. Il résulte de ce qui a été dit précédemment qu'en statuant ainsi, alors que le manque à gagner susceptible de donner lieu à l'indemnisation de la société Valeurs Culinaires ne pouvait revêtir de caractère certain que pour la période initiale de douze mois, la cour a commis une erreur de droit.
6. Il résulte de ce qui précède que l'arrêt attaqué doit être annulé en tant qu'il a prononcé la condamnation du groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine à indemniser le manque à gagner de la société Valeurs Culinaires pour une durée supérieure à douze mois, soit, compte tenu des motifs de l'arrêt devenus irrévocables, pour un montant supérieur à 66 666,66 euros.
7. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler, dans cette mesure, l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du code de justice administrative.
8. Ainsi qu'il a été dit au point 5, le manque à gagner susceptible de donner lieu à l'indemnisation de la société Valeurs Culinaires ne revêt un caractère certain que pour la période initiale de douze mois du marché litigieux. Les conclusions de la société tendant à l'indemnisation du manque à gagner au-delà de cette période ne peuvent, par suite, qu'être rejetées.
9. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la société Valeurs Culinaires la somme de 3 000 euros à verser au groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

DECIDE :

Article 1er : L'article 2 de l'arrêt du 6 juillet 2018 de la cour administrative d'appel de Nantes est annulé en tant qu'il fait droit aux conclusions de la requête d'appel de la société Valeurs Culinaires tendant à l'indemnisation de son manque à gagner pour une durée supérieure à douze mois.

Article 2 : Les conclusions de la requête d'appel de la société Valeurs Culinaires tendant à l'indemnisation de son manque à gagner pour une durée supérieure à douze mois sont rejetées. Le montant de la condamnation du groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine est ramené à la somme de 66 666,66 euros

Article 3 : La société Valeurs Culinaires versera au groupement de coopération sanitaire du Nord-Ouest Touraine la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.