

NEWSLETTER DROIT DES CONTRATS PUBLICS



L'actualité du droit des contrats publics

Faculté de Droit, Sciences économiques et Gestion de Nancy,

Master 2 Droit des Contrats Publics et de l'Achat Public



CAA TOULOUSE :

Précision sur le bénéfice du droit au paiement direct pour les sous-traitants

CAA DE BORDEAUX :
INDEMNISATION SUITE
À UNE RÉSILIATION
POUR MOTIF D'INTÉRÊT
GÉNÉRAL

Le billet du mois : quid de la **suspension des contrats administratifs** pour les tiers

Décision du **Conseil d'Etat** : le constat de la place limitée du référé mesures utiles dans l'exécution des marchés publics

Sommaire

1. Billet du mois

- ♦ Tarn & Garonne : la **suspension juridictionnelle du contrat administratif**, un mirage pour le tiers ? p. 3 à 6

2. Textes de lois, règlements, etc.

- ♦ **LOI n° 2023-1178 du 14 décembre 2023** visant à réduire les inégalités territoriales pour les ouvertures de casinos. p. 7

3. Jurisprudences

3.1. Passation

- ♦ **CE, 15 décembre 2023 (n°470167)** : Le pouvoir de préemption commercial des communes et ses limites. p. 8 ; 9
- ♦ **CAA Nancy, 19 décembre 2023 (n°20NC02422)** : En l'absence de prestations distinctes, l'acheteur n'a pas besoin de justifier le non-allotissement du marché. p. 10
- ♦ **CAA de Bordeaux, 11 janvier 2024 (n°23BX02469)** : La résiliation unilatérale d'un contrat motivée par son irrégularité ouvre droit à indemnisation par référé provision. p. 10 ; 11

3.2. Exécution, indemnisation, délai de recours

- ♦ **CE, 22 décembre 2023 (n°472699)** : Précisions sur le devoir de conseil du Maître d'œuvre. p. 11
- ♦ **CE, 15 janvier 2024 (n°489157)** : La place limitée du référé mesures utiles dans l'exécution des marchés publics. p. 12 ; 13
- ♦ **CAA Paris, 24 novembre 2023 (n°21PA04421)** : Une mise en demeure obligatoire pour l'application des pénalités de retard. p. 13
- ♦ **CAA Toulouse, 5 décembre 2023 (n°22TL00572)** : Pas de paiement direct pour les prestations sous-traitées après l'agrément de la personne publique. p. 14
- ♦ **CAA Bordeaux, 12 décembre 2023 (n°21BX04432)** : Ne pas confondre réclamation d'indemnisation dans le cadre d'un litige né de l'exécution et contenu du décompte général et définitif. p. 15
- ♦ **CAA Toulouse, 19 décembre 2023 (n°22TL00721)** : Résilier pour mieux contracter. p. 15 ; 16
- ♦ **TA de Paris, 12 décembre 2023 (n°1919348/3-3)** : Les clauses excessives d'indemnisation dans une DSP peuvent révéler des libéralités. p. 16 ; 17

1. Billet Newsletter n°3

Tarn & Garonne : la suspension juridictionnelle du contrat administratif, un mirage pour le tiers ?

Le recours Tarn & Garonne s'apprête à souffler les bougies de sa première décennie.

Force est de constater qu'avec l'actualité jurisprudentielle, ses contours n'ont pas fini d'être dessinés. Pour ne citer que les dernières évolutions, la jurisprudence « *Czabaj* » s'est ainsi exportée dans le cadre du recours en contestation de la validité d'un contrat administratif (CE, 19 juillet 2023, Société Seateam, n°465308). À contrario, la Cour administrative d'appel de Nantes a récemment estimé que le membre de l'organe délibérant d'une collectivité territoriale ne peut exercer un recours en contestation de la validité d'un contrat conclu par sa collectivité, que dans un délai de deux mois à compter de la délibération autorisant sa conclusion (CAA Nantes, 13 novembre 2023, n°22NT01435).

Le recours au fond étant toujours en évolution, il peut être laborieux d'en dresser un bilan. Cependant, l'on peut s'interroger sur l'efficacité du recours accessoire visant à obtenir la suspension du contrat litigieux, dans l'attente que le juge se prononce sur le fond.

Pour rappel, l'arrêt du 4 avril 2014 rendu par le Conseil d'Etat précisait que « *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* ».

Si le principe est admis, qu'en est-il dans les faits ? Ces brèves écritures ont pour objet de démontrer sans la moindre prétention que, si l'introduction d'un référé-suspension à l'appui du recours au fond est admise, son application ne semble qu'être un fantasme, une promesse, une belle parole. La suspension juridictionnelle du contrat administratif serait-elle alors un mirage pour les tiers ?

Tel semble être le cas et ce malheureux constat pourrait s'expliquer, pour partie, à travers deux raisons. La première étant que l'assimilation du référé issu de l'article L.521-1 du code de justice administrative au contrat administratif n'est qu'une fiction inappropriée (I). La seconde réside dans l'idée que le contrat administratif, par sa nature, constitue une oasis à sauvegarder (II).

I- Le référé-suspension, une fiction inappropriée

Si la suspension juridictionnelle du contrat administratif semble être un mirage pour le tiers, c'est d'abord parce que le principe même d'unir ce référé au contrat ne semble pas conduire à un mariage heureux. En effet, l'union est contrainte (A) et rassemble des sujets contraires (B).

A. Le référé suspension et le contrat administratif, l'union à marche forcée

Le principe issu de l'article L.521-1 du code de justice administrative est le suivant : « *Quand une* »
3

décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision (...) »

Le référé-suspension constitue ainsi une demande accessoire en ce sens qu'il ne peut être introduit en l'absence d'un recours au fond. Ce recours au fond doit par ailleurs être fait à l'encontre d'une décision administrative.

La nature de l'acte attaqué questionne : un contrat administratif constitue-t-il une décision administrative ?

Si la logique tend à y répondre par la négative, il ressort toutefois que l'on assimile le contrat administratif à une décision administrative au sens de la disposition précitée.

Dès lors, cette union entre le contrat – qu'on conteste par la voie d'un recours de plein contentieux – et le référé-suspension – censé être l'accessoire d'un recours pour excès de pouvoir – est paradoxale. M. Melleray le définissait très justement : *« il y a tout de même un soupçon de contradiction entre l'idée suivant laquelle le contrat administratif ne doit pas être traité d'un point de vue contentieux comme un acte administratif unilatéral et celle suivant laquelle il constitue par contre une décision administrative au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative. »*

Il en résulte que cette union forcée n'entraîne que des effets platoniques, tant les deux sujets ne semblent pas fait pour s'entendre.

B. Le référé-suspension et le contrat administratif, l'union inféconde

Assimiler le référé-suspension au contrat administratif, c'est la nécessité d'appliquer ses conditions.

Ledit recours ne saurait prospérer qu'à la réunion de deux conditions : la démonstration de l'urgence ainsi que d'un moyen de nature à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.

C'est ici que le bât blesse. C'est très logiquement faute de remplir les deux conditions que le recours ne prospère pas. En effet, si l'admission du référé-suspension s'est toujours appréciée à travers le contentieux des actes administratifs unilatéraux, elle paraît inadaptée à l'encontre d'un acte contractuel.

Particulièrement, la condition d'urgence apparaît comme étant la plus insurmontable. Il est particulièrement délicat pour un tiers de rapporter la preuve de l'urgence à suspendre un contrat administratif.

La notion d'urgence se caractérise lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate à un intérêt public, à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre (CE, sect., 19 janv. 2001, n° 228815, Conféd. nat. des radios libres). Or, l'urgence s'apprécie notamment au regard des intérêts en présence, soit l'intérêt privé du demandeur et l'intérêt général du contrat. En conséquence, l'invocation de la seule perte de chance de remporter un marché, alors même que celui-ci constituerait plus du tiers du chiffre d'affaires du requérant, ne permet pas de remplir la condition d'urgence (CE, 19 janvier 2015, Société Ribière, n°385634). En d'autres termes, le requérant doit rapporter la preuve de la gravité suffisante de son préjudice à travers des éléments chiffrés et précis.

C'est ainsi que la doctrine qualifie la condition d'urgence « d'obstacle insurmontable ».[1] En effet, une telle appréciation de la condition d'urgence conduit à exclure tout espoir de suspension vis-à-vis des marchés de taille modeste en ce qu'il ne préjudicie pas suffisamment le concurrent évincé.

De même, le moyen de nature à créer un doute sérieux quant à la légalité de la décision n'est pas plus aisé à rapporter en ce que le juge a pu estimer que l'absence de publication au JOUE, ou encore la méconnaissance du principe d'allotissement ne sauraient remplir ladite condition (CE, 14 octobre 2015, Région Réunion, n°391183)

En l'état, l'assimilation du référé-suspension au contrat administratif n'apparaît pas satisfaisante. Si cette première explication tend à refroidir le candidat malheureux d'engager un tel recours, la seconde est d'autant plus décourageante : le contrat administratif est une forteresse imprenable.

II- Le contrat administratif, une oasis à sauvegarder

S'il est extraordinaire que le juge fasse droit au référé-suspension, c'est aussi parce que le contrat est un acte protégé. Ainsi, les atteintes portées à son encontre doivent être restreintes, en raison des exigences que commandent l'intérêt général (A) ainsi que du principe de continuité du service public (B).

A. Le contrat administratif et intérêt général

Il semble enfin que les difficultés d'obtenir la suspension du contrat tiennent à son objet : le contrat administratif est support de l'action administrative, action guidée par l'intérêt général. Pour cette raison, l'intérêt général commande d'être prudent dans l'appréciation du recours exercé par le tiers. Si le prétoire est désormais plus accessible, l'entorse au principe d'effet relatif doit être maîtrisé.

Ainsi, le juge administratif vérifie, pour chaque cas, si l'éventuelle suspension ne porte pas atteinte à l'intérêt général (CE, 15 février 2021, n°445488). L'espèce de cette jurisprudence est intéressante et semble toutefois être anecdotique : le contrat ayant été conclu lors de la

« période Covid » à propos de la gestion d'une salle de spectacle, il était constant qu'aucune atteinte à l'intérêt général ne pouvait être relevé étant donné que la salle était en tout état de cause fermée.

Cette logique n'est pas nouvelle et découle de l'office renforcée du juge des contrats. On retrouve cette hypothèse dans le contentieux au fond, le juge vérifiant que « sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général » (CE, 4 avril, 2014, n°358994).

B. Le contrat administratif et continuité du service public

Si l'hypothèse n'est pas systématique, le contrat peut enfin être le support d'une activité de service public.

Objet privilégié du contrat administratif, le service public constitue, en l'absence de qualification légale, un critère jurisprudentiel d'identification du contrat administratif. Si la relation « contrat administratif-service public » n'est pas systématique, ses hypothèses demeurent nombreuses (marché public de service public, délégation de service public, etc.).

De l'existence du service public découle les lois de Rolland (égalité, mutabilité et continuité du service public). À ce titre, c'est la dernière d'entre elles qui vient mettre un frein aux espoirs de suspension du contrat administratif litigieux.

Impliquant un fonctionnement régulier du service, le principe de continuité trouve à s'appliquer en matière de contrats administratifs, au cocontractant lui-même, à propos de l'exception d'inexécution (CE, sect., 7 juin 1929, Cie française des câbles télégraphiques, Rec. p. 564). À fortiori, il s'applique également aux tiers, qui ne peuvent troubler le fonctionnement du service public sans se prévaloir de la violation d'un intérêt plus grand.

Si toutefois le juge administratif ne fait pas nécessairement mention de cette exigence, il n'est pas insensé de penser que la notion même d'intérêt général absorbe cette exigence, ou même, qu'il transpose celle-ci dans l'appréciation de l'urgence ou du doute sérieux tenant à la légalité de la décision.

Pour toutes ces raisons, il semble qu'obtenir de la part du juge la suspension d'un contrat administratif n'est pas chose aisée. Pour autant, si son principe pourrait être repensé, nous ne plaçons pas pour autant l'assouplissement de ses conditions. En effet, il ne faudrait pas que la suspension du contrat soit plus souple que l'annulation, faute de quoi le caractère accessoire du recours perdrait tout son sens et la sécurité des conventions s'en trouverait fragilisée.

2. Textes de lois, règlements, etc.

Le législateur étend les possibilités d'implantations de casinos pour les communes avec la loi du 14 décembre 2023

La loi n°2023-1178 du 14 décembre 2023 vient compléter l'article L321-1 du code de la sécurité intérieure listant les communes dans lesquelles peuvent être autorisées temporairement l'ouverture de casinos. Dorénavant, les villes où siègent des sociétés de courses de chevaux et de haras nationaux et dans lesquelles ont eu lieu plus de 10 événements nationaux par an depuis le 1er janvier 2018 sont concernées. Il en va de même pour les départements longeant une frontière, à raison d'une seule commune appartenant à une intercommunalité de plus de 100 000 habitants, et dans lequel aucune commune touristique n'a fait une demande d'autorisation pour y implanter un casino. Jusqu'à cette loi, seules les communes classées stations balnéaires, thermales ou climatiques avant le 3 mars 2009, les communes classées stations de tourisme et les communes dans lesquelles il existe déjà un casino au 3 mars 2009 sont parmi celles pouvant accueillir un casino.

Il est à noter que ces autorisations prennent la forme de concessions de services et plus précisément de Délégations de service public, consenties par les communes eu égard aux obligations de contrôles pesant sur elles, possibilité conditionnée à la délivrance par le Ministère de l'intérieur d'une autorisation bien spécifique. L'article L321-3 du code de la sécurité intérieure parle directement de "concession" et oblige les communes à établir un cahier des charges quant à l'exploitation du casino à présenter au Ministère de l'intérieur, autorité qui délivre les autorisations. Le Conseil d'Etat a directement qualifié ces concessions de contrats administratifs soumis à la loi Sapin qui sont donc aujourd'hui des délégations de service public (CE 4 avril 1995 n°357274 ; CE 19 mars 2012 n°341562). Le code de la commande publique s'applique donc pleinement dans la sélection des exploitants des casinos envisagés.

En effet, si les communes mènent les procédures de passation, l'article dispose que le ministère définit les conditions essentielles de la concession en ce qu'il fixe la durée de la concession, détermine la nature des jeux autorisés, leurs règles, les mesures de sécurité, de surveillance, les conditions d'entrée des clients, les horaires d'ouverture et de fermeture ainsi que le taux de rémunération de l'exploitant. Le ministère délivre en outre l'autorisation en fonction de son appréciation du cahier des charges élaboré par la commune dans laquelle l'implantation est envisagée. Il décide en outre de la révocation de l'autorisation en cas de non-respect de celui-ci. C'est une concession donc très encadrée au vu de son objet et des objectifs de lutte contre l'addiction aux jeux d'argent et de protection des consommateurs (article L.320-3 du code de la sécurité intérieure). La durée limite de la concession est de 20 ans (Arrêté 14 mai 2007) sous réserve de l'obtention de l'autorisation qui n'est valable quant à elle que pour 5 ans.

Les règles de droit commun de cette concession sont en conséquence très restreintes, la sous-délégation est en principe autorisée sauf pour les activités de jeu d'argent et d'animation

(R321-1 du code de la sécurité intérieure).

On note que l'exploitation des casinos est l'un des rares cas de dérogation à la libre administration des collectivités territoriales en ce que ce sont des activités qui sont obligatoirement déléguées à des personnes privées. Ces établissements sensibles nécessitent en effet un regard régulateur et désintéressé des personnes publiques sur leurs activités de jeux d'argent afin qu'elles soient contrôlées le plus efficacement possible.

3. Jurisprudences

3.1. Passation

Le pouvoir de préemption commercial des communes et ses limites.

Le juge des référés se doit de vérifier si une décision d'exercice du droit de préemption commercial des communes est prise dans le cadre d'une action ou d'un projet d'urbanisme dont la réalité est démontrée et à laquelle est attaché un intérêt général suffisant.

Les communes peuvent, par délibération motivée, décider d'établir un périmètre de leur territoire dans lequel elles décident de sauvegarder le commerce et l'artisanat et dans lequel elles exerceront par la suite leur droit de préemption. Ainsi, tous les changements de situation de baux commerciaux, de fonds de commerce ou artisanaux inclus dans le périmètre, seront préalablement communiqués en détails à la commune qui décidera alors de se substituer ou non à l'acquéreur privé initialement envisagé. Ce droit ne peut cependant être librement exercé et est susceptible de léser les acquéreurs évincés par le droit de préemption comme l'illustre la décision du Conseil d'Etat en date du 15 décembre 2023.

En l'espèce, la commune avait établi un périmètre de préemption commercial et a exercé son droit de préemption sur un bail commercial devant être cédé à un commerçant voisin des locaux objet du bail. Ce dernier demande alors la suspension en référé de la décision de préemption car voulant agrandir et compléter son exploitation.

En première instance, le tribunal administratif rejette la requête car il estime qu'il n'y a pas de doute sérieux quant à la légalité de la décision, appréciation sur laquelle va revenir le Conseil d'Etat en expliquant que le juge des référés doit se livrer à une analyse casuistique des motifs avancés justifiant la préemption pour déterminer ou non le doute sérieux quant à la légalité de la décision.

En effet, le droit de préemption commercial ne s'exerce pas librement par les communes au

sens du code de l'urbanisme. Les décisions de préemption doivent s'inscrire dans un projet global d'urbanisme telle une action ou une opération d'aménagement de l'article L300-1 du code de l'urbanisme, dont la réalité est démontrée et pas simplement potentielle, sans toutefois avoir à détailler les caractéristiques essentielles du projet mais en établissant au minimum la nature de celui-ci. De plus, une telle opération doit être motivée par un intérêt général "suffisant" nous dit-on.

C'est ainsi que le juge des référés doit alors effectuer par son office une analyse poussée de l'intérêt général s'attachant à une opération justifiant le droit de préemption et du caractère suffisant de l'intérêt général qui s'y attache pour qualifier le doute sérieux. L'urgence justifiant la recevabilité du référé est aisément avancée par le juge qui avance que le simple fait d'être l'acquéreur évincé remplit le critère. On est cependant face à une appréciation du critère de l'urgence qui peut paraître curieuse au vu de l'appréciation du juge dans les contentieux contractuels des contrats d'occupation domaniale ou de la commande publique. Dans ces derniers, l'urgence justifiant la suspension de l'exécution d'un contrat administratif n'est reconnue qu'aux requérants cocontractants non reconduits par l'administration dont la situation financière dépend directement de l'obtention de celui-ci car étant sa seule source de revenus. En l'espèce, l'acheteur évincé exploite déjà une boucherie dont les revenus ne dépendent donc pas de l'obtention du bail commercial. Les choses ne sont cependant pas si simple puisque pour la suspension d'une décision de préemption, l'urgence dont se prévaut l'acquéreur évincé peut cependant ne pas être établie lorsque la préemption est justifiée par des circonstances particulières comme par exemple un besoin de réalisation rapide du projet dans lequel elle s'inscrit. Le Conseil d'Etat statuant au fond constate l'absence de telles circonstances et considère comme remplie la condition de l'urgence invoquée par le requérant.

On comprend cependant facilement l'annulation de l'ordonnance du juge des référés, qui n'estimait pas que la décision était entachée d'un doute sérieux quant à sa légalité.

En effet, malgré la maigre justification de la décision de préemption et l'absence de preuves quant à la réalité d'une opération d'urbanisme à laquelle serait en outre attaché un intérêt général suffisant, le tribunal administratif rejette la requête de suspension.

Selon le Palais-Royal, le juge des référés se doit de vérifier que la décision de préemption présente des justifications quant à la réalité du projet d'urbanisme dans lequel elle s'inscrit ainsi que sa nature et les activités commerciales qui y sont envisagées.

Le juge des référés doit donc effectuer un véritable travail de fond avant de prononcer ou non la suspension d'une décision de préemption qui ne doit s'inscrire que dans le cadre d'une opération ou une action d'aménagement dûment justifiée par le préempteur.

Les acquéreurs évincés par un droit de préemption commercial sont ainsi dotés d'un outil contentieux puissant pour faire valoir leurs droits le temps que le juge prononce une décision au fond pouvant intervenir après des années.

En l'absence de prestations distinctes, l'acheteur n'a pas besoin de justifier le non-allotissement du marché.

Par cet arrêt du 19 décembre 2023, la Cour administrative d'appel de Nancy rappelle que, lorsqu'un marché public a pour objet des prestations qui ne peuvent être distinguées, l'acheteur public n'a pas besoin d'allotir le marché ni de justifier ce non-allotissement.

En effet, en l'espèce, la région Bourgogne-Franche-Comté avait passé un marché public pour la fourniture, l'hébergement, l'exploitation et la maintenance d'un espace numérique de travail à destination des établissements scolaires de premier et second degré qui n'a pas été alloti. Une société concurrente a alors intenté un recours contre ce contrat en invoquant la nécessité de le passer en allotissement ou de justifier son non-allotissement.

L'espace numérique de travail en l'espèce ayant vocation à établir un suivi des élèves entre les différents établissements scolaires, le Tribunal administratif et la Cour administrative d'appel relèvent que ces prestations pouvaient ne pas être alloties car elles ne consistaient pas en des prestations distinctes conformément à l'actuel article L.2113-10 du code de la commande publique qui dispose que « *les marchés sont passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes* ». De ce fait, la Cour administrative vient énoncer « *qu'en l'absence de prestations distinctes, la région Bourgogne-Franche-Comté n'avait pas à motiver son choix de ne pas allotir le marché public* ». La Cour rejette alors la requête de la société évincée.

CAA Nancy, 19 décembre 2023 (n°20NC02422)

La résiliation unilatérale d'un contrat motivée par son irrégularité ouvre droit à indemnisation par référé provision.

La CAA de Bordeaux considère que la commune qui résilie unilatéralement un marché public au motif que celui-ci serait irrégulier doit verser une indemnité au titre des acomptes dûs si cette irrégularité n'est pas fondée.

L'arrêt étudié est un parfait exemple de la méthode employée par le juge administratif pour déterminer si une résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général est de nature à ouvrir droit à indemnisation pour l'entreprise cocontractante. En l'espèce, une commune conclut un marché public de service sans publicité ni mise en concurrence avec une entreprise spécialisée dans l'événementiel, car celle-ci détiendrait les droits d'exclusivité de représentation d'un groupe de musique. La commune estime cependant que la réalité de ces droits d'exclusivité n'est pas établie et résilie donc le marché, car son consentement aurait été vicié. L'entreprise ayant effectué, antérieurement à la résiliation, une demande de paiement d'acompte fait valoir celle-ci devant le juge du référé provision.

Le juge du référé s'assure alors que la créance invoquée "n'est pas sérieusement contestable" et vérifie dans un premier temps la validité du contrat. Celle-ci ouvrirait ainsi droit au paiement des acomptes pour le titulaire et justifierait le versement d'une provision à ce titre. Si l'entreprise requérante n'est pas en réalité le productrice exclusive du groupe musical, elle a acquis les droits exclusifs pour la date objet du marché, auprès du véritable producteur. Le juge reste cependant prudent et ne reconnaît pas explicitement la détention de droits exclusifs par le requérant, mais avance en outre que le marché avait pour objet "une performance artistique unique", de nature à justifier également le recours au gré à gré au sens du code de la commande publique. Même si l'entreprise titulaire a probablement exagéré l'ampleur de ses droits et qu'elle les a acquis peu de temps avant la conclusion du marché, le juge estime qu'il n'y a point de vice du consentement, que donc la résiliation unilatérale est de nature à ouvrir droit à indemnisation et ordonne à la commune de verser à l'entreprise, le montant des acomptes qui étaient dûs et qui ne sont pas sérieusement contestable en conséquence.

Ainsi, le juge reconnaît que la détention ponctuelle de droits d'exclusivité pendant la période d'exécution prévue du contrat est de nature à justifier le recours au marché de gré à gré pour détention de droits d'exclusivité ou tout du moins pouvant justifier le recours à un marché de gré à gré ayant pour objet une performance artistique unique.

CAA de Bordeaux, 11 janvier 2024 (n°23BX02469)

3.2. Exécution

Précisions sur le devoir de conseil du Maître d'oeuvre

Alors que le maître d'oeuvre assiste le maître d'ouvrage aux opérations de réception de l'ouvrage construit, l'on pourrait ainsi se questionner sur la portée de sa mission. Par sa décision du 23 décembre 2023, le Conseil d'Etat apporte quelques précisions sur les obligations qui incombent au maître d'oeuvre en la matière.

Les faits de l'espèce sont les suivants : un office public de l'habitat entreprend la construction de logements et confie la mission de maîtrise d'oeuvre à un groupement.

Toutefois, après réception de l'ouvrage sans réserve, le directeur départemental des territoires de l'Yonne a mis en demeure l'OPH Domanys de mettre les logements en conformité aux normes portant sur leur aération et leur accessibilité aux personnes handicapées.

Si les travaux de mise en conformité ont été réalisés par le titulaire du marché, l'OPH dépose une requête indemnitaire devant le tribunal administratif de Dijon tendant à la condamnation du maître d'oeuvre.

En cassation, les juges du Palais-Royal précisent la portée du devoir de conseil de ce dernier :

“La responsabilité des maîtres d'œuvre pour manquement à leur devoir de conseil peut être engagée dès lors qu'ils se sont abstenus d'appeler l'attention du maître d'ouvrage sur des désordres affectant l'ouvrage et dont ils pouvaient avoir connaissance, en sorte que la personne publique soit mise à même de ne pas réceptionner l'ouvrage ou d'assortir la réception de réserves. Ce devoir de conseil implique que le maître d'œuvre signale au maître d'ouvrage toute non-conformité de l'ouvrage aux stipulations contractuelles, aux règles de l'art et aux normes qui lui sont applicables, afin que celui-ci puisse éventuellement ne pas prononcer la réception et décider des travaux nécessaires à la mise en conformité de l'ouvrage.”

Ainsi, le Conseil d'Etat précise que la mission du maître d'œuvre dépasse le cadre strict du respect de ses obligations contractuelles et s'étend au respect des règles de l'art et aux normes applicables. Il incombe dès lors à celui-ci, s'il constate le non-respect desdites règles, d'en informer le maître d'ouvrage afin qu'il puisse en tenir compte lors de la réception de l'ouvrage.

CE, 22 décembre 2023 (n°472699)

La place limitée du référé mesures utiles dans l'exécution des marchés publics.

Dans la lignée de sa jurisprudence, le juge fait état en l'espèce de sa traditionnelle réticence à s'immiscer dans les relations contractuelles. Il refuse ici de prononcer en référé des mesures d'injonction tendant à l'exécution particulière d'une concession de service.

Une commune a décidé unilatéralement, par délibération de son conseil municipal, de l'application de nouveaux tarifs dans le cadre d'une concession de service qu'elle a passée conjointement avec d'autres autorités concédantes. Cependant, les autres autorités concédantes ont pris des délibérations relatives à des tarifs plus élevés et donc contraires à ceux décidés par la commune requérante.

La commune demande donc au juge des référés d'enjoindre au concessionnaire d'appliquer sa propre délibération et de pratiquer les prix délibérés par son conseil municipal. La commune demande donc en référé mesures utiles que soit enjoint sous astreinte au concessionnaire de pratiquer les prix qu'elle a délibéré.

Le juge pose cependant le cadre du référé mesure utile dans l'exécution d'un contrat de la commande publique et explique qu'il ne peut faire des injonctions qu'en cas d'urgence ou lorsque le pouvoir adjudicateur est dépourvu de ses pouvoirs exorbitants dans l'exécution du contrat. Le contrat est en l'espèce une concession de service qui n'est pas visée par les exclusions du champ d'application de l'article L6 du code de la commande publique qui consacre les pouvoirs exorbitants des pouvoirs adjudicateurs dans l'exécution des marchés

publics et des concessions. Ces pouvoirs s'appliquent alors pleinement dans le cas qui nous intéresse et constituent des "moyens de contraintes à l'encontre de son cocontractant". Le juge du palais royal se contente alors de valider l'appréciation "souveraine" du tribunal administratif qui avait estimé que la non application de la baisse des tarifs dans la concession ne constituait pas une urgence. On interprète par son considérant que le juge administratif ne retiendrait l'urgence qu'en cas de perturbations faisant obstacle à la continuité du service public ou à son bon fonctionnement.

Nous ajoutons en outre que le référé mesure utile ne peut en aucun cas avoir pour objet de faire obstacle à une décision administrative. En l'espèce, si le moyen était surabondant et donc expédié par le juge, les délibérations des autres autorités concédantes étant des décisions administratives exécutoires auraient sans aucun doute fait obstacle au succès de ce référé mesure utile, même si l'urgence avait été reconnue par le juge.

On comprend alors que le référé mesure utile est un outil difficile et peu maniable dans le contentieux de l'exécution des contrats publics. Il est préférable de recourir aux prérogatives exorbitantes des pouvoirs adjudicateurs qui ne sont peut être pas contestables en leur exécution et ne peuvent qu'ouvrir droit à des indemnisations par le pouvoir adjudicateur au profit du cocontractant.

CE, 15 janvier 2024 (n°489157)

Une mise en demeure obligatoire pour l'application des pénalités de retard.

Dans cet arrêt du 24 novembre 2023, la Cour administrative d'appel de Paris vient rappeler une règle essentielle : un pouvoir adjudicateur ne peut appliquer des pénalités de retard au titulaire d'un marché public qu'après mise en demeure.

En effet, dans le cas d'espèce, un établissement public administratif avait conclu un marché de fourniture de denrées alimentaires avec une société de pêche. Cette dernière, n'ayant pas pu fournir dans les délais prévus la marchandise, s'est vu appliquer des pénalités de retard par le pouvoir adjudicateur alors même que celui-ci n'avait pas procédé à une mise en demeure préalable.

La Cour administrative d'appel vient alors rappeler que « les pénalités pour retard ne sont dues que du jour de la mise en demeure adressée à l'entrepreneur. La dispense de mise en demeure ne saurait résulter que de la volonté explicitement formulée par les parties ou déterminée par le juge d'après les circonstances particulières de chaque affaire ». Or, en l'espèce, le CCAP du marché précisait effectivement la nécessité d'une mise en demeure préalable.

Droit au paiement direct des sous-traitants : attention à réaliser les prestations sous-traitées après l'agrément de la personne publique !

La communauté d'agglomération du pays de l'Or a conclu un marché public de travaux en 2017 en vue de la réalisation d'une voie verte le long d'un canal. La maîtrise d'œuvre a été confiée à une société, laquelle aurait sous-traitée une partie de cette mission. Le requérant, qui s'estime sous-traitant, a demandé le bénéfice du droit au paiement direct auprès de la communauté d'agglomération. Cette dernière a refusé cette demande. C'est ainsi que le « sous-traitant » saisit le tribunal administratif de Montpellier afin d'annuler la décision de refus de paiement direct, et de condamner l'administration à lui verser la somme correspondante aux sommes engagées pour la réalisation des prestations sous-traitées.

Le tribunal administratif de Montpellier rejette cette demande, et le requérant interjette appel devant la Cour administrative d'appel de Toulouse, laquelle rend un arrêt en date du 5 décembre 2023.

La CAA de Toulouse rappelle qu'en vertu de la loi du 31 décembre 1975, chaque sous-traitant du titulaire principal, doit d'une part être accepté par le maître d'ouvrage et d'autre part celui-ci, doit agréer leurs conditions de paiement. C'est seulement dans les cas où les sous-traitants ont été acceptés, et dont les conditions de paiement ont été agréées, qu'ils bénéficient du droit au paiement direct.

Le maître d'œuvre, lors de la signature de l'acte d'engagement, n'a fait aucune mention relative au requérant s'estimant sous-traitant. Dès lors, la communauté d'agglomération, n'est pas réputée avoir accepté ce sous-traitant à l'occasion de la signature du contrat. C'est plus tard que le maître d'œuvre adressa une demande d'acceptation du sous-traitant au maître de l'ouvrage, ce dernier l'ayant accepté pour l'exécution de prestations déterminées. Le sous-traitant a bénéficié du droit au paiement direct pour lesdites prestations.

Néanmoins, il s'avère que le sous-traitant du maître d'œuvre avait déjà effectué des prestations avant d'obtenir l'agrément de ses conditions de paiement par la communauté d'agglomération. Par conséquent, la CAA de Toulouse considère que, même si le requérant a été accepté par l'administration, il ne peut réclamer un paiement direct pour les prestations antérieures à l'acceptation et à l'agrément de l'administration.

CAA Toulouse, 5 décembre 2023 (n°22TL00572)

Ne pas confondre réclamation d'indemnisation dans le cadre d'un litige né de l'exécution et contenu du décompte général et définitif.

La cour administrative d'appel de Bordeaux rompt ici tout lien contentieux entre le mémoire en réclamation par le titulaire dans le cadre d'un litige de l'exécution et le contenu du projet de décompte général.

En l'espèce, au motif qu'elle a rejeté la demande d'indemnisation du titulaire pour des surcoûts survenus lors de l'exécution, celle-ci s'est refusée à valider le projet de décompte final et projet de décompte général transmis par le titulaire. Elle estime qu'en rejetant ses prétentions indemnitaires et alors que le délai de recours contre ce refus est dépassé, la présence des sommes correspondantes dans le projet de décompte était sans objet et n'y a pas répondu.

Cependant, le juge d'appel estime que la demande du requérant ne tendait pas à l'indemnisation des surcoûts, qui étaient forclos, mais bel et bien au paiement du solde du décompte général et définitif. En effet, en appliquant les CCAG Travaux appliqués dans le marché en l'espèce, le juge estime que le silence persistant et systématique du pouvoir adjudicateur, après avoir reçu le projet de décompte final puis le projet de décompte général, a donné tacitement naissance à la conclusion du décompte général et définitif.

Celui-ci étant intangible et insusceptible de contestation future, la commune est donc forcée de régler le solde du DGD alors même qu'il contient les sommes correspondantes à l'indemnisation pourtant refusée par l'acheteur. La commune aurait dû refuser expressément de signer le projet de décompte final dans le cadre de la procédure d'établissement du décompte général et définitif, ce qui aurait évité qu'elle se retrouve dos au mur à devoir une somme qu'elle aurait pu contester.

CAA Bordeaux, 12 décembre 2023 (n°21BX04432)

Résilier pour mieux contracter.

La résiliation d'un marché conclu oralement dans l'objectif de conclure un nouveau par écrit en respectant les règles de publicité et de mise en concurrence se justifie par un motif d'intérêt général.

Les faits de l'espèce sont sans difficulté. Un établissement public avait conclu un marché public oral avec une société de maintenance informatique en 2002. En 2018, l'acheteur décide de résilier ledit marché en vue de l'attribuer à un nouveau prestataire par le biais d'un contrat écrit respectant les procédures de publicité et de mise en concurrence applicables.

La société titulaire du contrat initial conteste devant le juge administratif les modalités de résiliation du marché. Si le Tribunal administratif de Nîmes avait notamment condamné l'établissement public au paiement d'une indemnité au titre du bénéfice dont la société a été privée suite à la résiliation du marché, la Cour va estimer que :

“En premier lieu, ainsi que l'ont considéré à bon droit les premiers juges, la Fondation Calvet pouvait, au motif de la volonté de mettre en concurrence un marché que la société Informatique et Réseaux exécutait sans contrat écrit depuis 2002, ce qui constituait un motif d'intérêt général, prononcer la résiliation du marché. En second lieu, la Fondation Calvet, qui ne s'était pas engagée pour une durée déterminée vis-à-vis de la société Informatique et Réseaux, pouvait mettre fin au contrat sans que celle-ci puisse prétendre à indemnité du fait de cette résiliation. À cet égard, la circonstance selon laquelle la Fondation Calvet aurait commis une faute en ne concluant pas de contrat écrit est sans incidence sur la régularité de la résiliation du contrat dans l'intérêt général.”

La résiliation unilatérale pour illégalité du contrat constitue ainsi un motif d'intérêt général particulier. Il n'ouvre droit à indemnisation qu'à supposer que l'acheteur ait commis une faute (dont il convient d'établir le préjudice ainsi que le lien de causalité). Sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle, le cocontractant ne peut espérer obtenir que l'indemnisation des dépenses engagées et utiles à l'acheteur. Il ne saurait toutefois être indemnisé sur le fondement du manque à gagner puisque le contrat n'aurait jamais dû exister, du fait de son illégalité (CE, 10 juillet 2020, Société Comptoir Négoce, n°430864).

CAA Toulouse, 19 décembre 2023 (n°22TL00721)

Les clauses excessives d'indemnisation dans une DSP peuvent révéler des libéralités.

Le tribunal administratif de Paris estime que les clauses prévoyant de multiples indemnisations en raison de l'absence de rentabilité de la délégation constituent des libéralités et une exposition du concédant aux risques.

Une société délégataire de service public demande l'indemnisation pour “absence d'intérêt économique” de sa délégation en application des stipulations du contrat qui la lie. Celui-ci prévoyait en effet toute une procédure en cas de non-rentabilité de la concession au-delà d'un certain déficit d'exploitation entraînant la possibilité de percevoir une multitude d'indemnisation des investissements non amortis, du manque à gagner, de rétablissement de l'équilibre économique, et de compensations de pertes.

Le juge saisi par la société d'un recours indemnitaire estime cependant en rappelant sa jurisprudence “Béziers I”, que le contrat est entaché de nullité, car ces clauses correspondent en

réalité à des libéralités consenties par l'autorité concédante personne publique, et présentaient une exposition aux risques normalement supportés par le délégataire, en contradiction avec les dispositions relatives aux contrats administratifs et aux délégations de service public. En constatant la nullité du contrat, le juge écarte donc toutes prétentions indemnitaires sur le terrain contractuel et ne consent aucune indemnisation à la société qui n'a pas fait de demande indemnitaire sur le fondement extracontractuel. Il est donc loisible en cas de demandes indemnitaires sur le terrain contractuel de prévoir également des demandes indemnitaires extracontractuelles afin de pallier le risque de non-application du contrat constaté comme nul par le juge.

TA de Paris, 12 décembre 2023 (n°1919348/3-3)