



Le droit de suivi de l'entrepreneur dont le marché public de travaux a été résilié : l'arrêt « Société Entreprise Morillon Corvol Courbot »

Le titulaire d'un marché public de travaux qui a fait l'objet d'une résiliation aux torts et risques doit être mis en mesure de suivre le déroulement du marché de substitution passé par l'acheteur public. Ce droit de suivi porte sur les travaux réalisés dans le cadre de l'exécution du marché de substitution. Il n'est en revanche pas prévu pour les mesures de sauvegarde prise pour assurer la conservation et la sécurité des ouvrages.

Les conséquences d'une mesure de résiliation pour faute d'un marché public de travaux irriguent régulièrement le contentieux. L'arrêt commenté en est la parfaite illustration.

La commune de Cannes avait décidé de réaliser une digue sous-marine constituée de tubes en géotextiles pour assurer la protection des plages de la Croisette. Elle a donc passé un marché public de travaux, en septembre 2009, avec la société Entreprise Morillon Corvol Courbot (EMCC). Des malfaçons et retards d'exécution ont rapidement été constatés. L'ouvrage, déjà impropre à sa destination, a ensuite subi une tempête. Malgré plusieurs demandes en ce sens, la société EMCC a refusé de procéder à la dépose de l'ouvrage, totalement inutilisable. Elle a également refusé de reprendre l'exécution des travaux. La Ville a dès lors été contrainte de prononcer la résiliation du marché pour faute. Elle a ensuite passé, d'une part, un marché de dépose, d'autre part, un marché de substitution. Après notification du décompte général de liquidation (qui comportait un solde important en faveur de la commune), un contentieux a été entamé devant le tribunal administratif de Nice qui, par un jugement du 7 février 2014, a rejeté les demandes de

Auteur

Xavier Bigas
Avocat à la Cour,
S.C.P. Lyon-Caen et Thiriez

Références

CE 9 juin 2017, req. n° 399382, *Rec. CE* tables

la société EMCC tendant à l'annulation du marché et de la décision de résiliation ainsi que ses conclusions indemnitaires mais a fait droit aux demandes reconventionnelles de la commune. La cour administrative d'appel de Marseille a ensuite rejeté l'appel formé par la société EMCC qui a alors introduit un pourvoi en cassation contre cet arrêt. Le Conseil d'État a rejeté le pourvoi formé par l'entreprise. Il n'a pas retenu les différents moyens invoqués et en particulier celui tenant à une insuffisance de motivation de l'arrêt attaqué, en ce que la Cour n'aurait pas répondu au moyen tiré de la méconnaissance, par la commune, de l'article 49.5 du CCAG Travaux alors applicable, en faisant obstacle au droit de suivi de la société EMCC.

Le contentieux initié en l'espèce s'inscrit dans le cadre classique, mais aux multiples facettes, des contestations juridictionnelles de l'entreprise évincée en cours d'exécution du marché. La décision commentée, qui en est l'aboutissement, a surtout le mérite de revenir sur les notions, aux régimes distincts, de droit de suivi du marché de substitution et de mesures conservatoires, dont le juge fait plus rarement application.

Le contentieux des décisions de résiliation pour faute, en matière de marchés publics, peut avoir de nombreuses déclinaisons

L'entreprise avait fait feu de tout bois et déposé plusieurs requêtes en première instance

La première tendait à l'annulation du marché passé avec la Ville en raison de son illégalité. Plusieurs vices, notamment formels (et dont la portée doit désormais être considérablement nuancée au regard de l'exigence de loyauté des relations contractuelles⁽¹⁾) étaient invoqués.

Une deuxième requête visait l'annulation de la décision de résiliation du marché prise par la commune de Cannes. Ce type de contentieux tendant à la reprise des relations contractuelles, issu de la jurisprudence *Béziers II*⁽²⁾ est désormais bien connu des praticiens. Il a pour objet non seulement de remettre en cause le bien-fondé de la résiliation mais aussi et surtout, dans l'hypothèse (la plus souvent rencontrée en pratique) où le juge

ne prononce pas une telle reprise, rarement ordonnée, de demander l'indemnisation du préjudice subi.

Une troisième requête, en lien avec la précédente, tendait à l'octroi d'une forte indemnité, au titre du solde du marché, d'une part, et en réparation de divers préjudices financiers et commerciaux que l'entreprise estimait causés par la résiliation du marché, d'autre part.

Présentation de conclusions indemnitaires à titre reconventionnel

Outre le rejet de ses différentes requêtes, la commune avait présenté, à titre reconventionnel, des conclusions indemnitaires au titre du remboursement d'acomptes qu'elle estimait indûment perçus par l'entreprise. La commune de Cannes réclamait également le paiement d'une somme importante au titre des conséquences financières, supportées par elle, de la résiliation du marché litigieux, comprenant notamment les frais de dépose du tronçon devenu inutilisable de la digue sous-marine.

Le tribunal administratif n'a pas eu besoin de faire droit à la demande reconventionnelle pour prononcer une condamnation indemnitaire puisqu'il a estimé que la réclamation présentée par l'entreprise était irrégulière au regard des exigences formelles requises de sorte que le décompte général devait être regardé comme accepté⁽³⁾. La cour administrative d'appel a censuré le jugement sur ce point, en considérant que le mémoire en réclamation présenté par l'entreprise était suffisamment étayé. Elle a par ailleurs jugé que la mesure de résiliation pour faute était justifiée et que ses conclusions indemnitaires devaient être rejetées⁽⁴⁾.

Introduction d'un pourvoi en cassation

L'entreprise a alors introduit un pourvoi en cassation, invoquant notamment l'absence de réponse à un moyen, en vertu duquel la commune aurait fait obstacle au droit de suivi des deux marchés, de dépose, d'une part et de substitution, d'autre part. La commune avait rétorqué que seul le coût du marché de dépose, hors marché de substitution, était en cause. Toute la question était donc de savoir si la cour aurait dû répondre sur le moyen, opérant ou non, relatif à l'absence de suivi du marché de dépose⁽⁵⁾.

L'arrêt commenté y répond en indiquant que ce moyen n'était pas opérant, dès lors que le droit de suivi n'est pas applicable aux mesures conservatoires, de sorte que les juges d'appel n'avaient pas à y répondre. Il vient ainsi préciser l'état du droit sur la question de la prise

(1) qui exclut que, dans un contentieux engagé entre deux cocontractants, l'un d'eux puisse se prévaloir d'une illégalité commise pour échapper à ses obligations contractuelles en demandant que soit constatée la nullité du contrat (CE, Ass, 28 décembre 2009, Commune de Béziers, req. n° 304802, *Rec. CE* p. 509) ; pour un exemple récent de non-application de cette exigence en raison de l'illégalité d'une clause contractuelle, voir CAA Versailles 12 octobre 2017, Institut national de recherches archéologiques préventives, req. n° 15VE00762.

(2) CE, sect., 21 mars 2011, Commune de Béziers, req. n° 304806.

(3) TA Nice 7 février 2014, Société EMCC, req. n° 1004248.

(4) CAA Marseille 21 mars 2016, Société EMCC, req. n° 14MA01635.

(5) Car les juges du fond n'ont pas l'obligation de se prononcer sur les moyens inopérants (CE Sect., 25 mars 1960, Boileau, *Rec. CE* p. 234 ; CE Sect., 10 juillet 1964, Ducret, *Rec. CE* p. 397 ; CE, 27 mai 1994, Laroche, *Rec. CE* p. 266 ; CE 6 juillet 1994, Gozian, req. n° 120118 ; CE 27 novembre 2000, Coiffe, req. n° 197078).



en charge financière des mesures de conservation et de la procédure à mettre en œuvre, en soulignant que le droit de suivi n'est pas applicable aux mesures conservatoires, à la différence du marché de substitution.

Conclusion et exécution d'un marché de substitution

Un marché de substitution est conclu afin de reprendre et/ou terminer les travaux qui ne peuvent plus être exécutés par l'entreprise défaillante.

Droit de suivi de l'exécution du marché de substitution

En vertu de l'article 49.5 du CCAG-Travaux^[6], l'entreprise dont le marché a été résilié aux torts et risques a le droit de suivre l'exécution du marché de substitution dès lors que le maître d'ouvrage est, en théorie, en droit de lui réclamer les montants découlant des surcoûts supportés en raison de l'exécution de ce nouveau marché. Il s'agit de permettre à l'entreprise de vérifier que les frais relatifs au marché de substitution portent sur des prestations identiques. En effet, le préjudice subi par le maître d'ouvrage du fait de la passation d'un marché de substitution ne peut être supporté par le titulaire du marché résilié que dans la mesure où le marché ne comporte pas des travaux « améliorés ».

Ainsi, le maître d'ouvrage a l'obligation d'informer le précédent titulaire de sa volonté de conclure un nouveau marché^[7] ainsi que de l'existence d'un nouveau marché^[8]. De plus, pour que l'administration ait le droit de lui en faire supporter le coût, l'entreprise doit être en mesure de suivre le marché de substitution^[9]. À défaut, cette dernière peut contester la prise en charges des dépenses résultant du marché de substitution^[10].

Objectif du droit de suivi

Le droit de suivi vise donc à permettre à l'entreprise dont le marché a été résilié de discuter du décompte de liquidation et de comprendre puis de contester utilement les surcoûts découlant du marché de substitution et de lui-seul.

Il lui permet ainsi de vérifier que le marché d'ouvrage ne profite pas du marché de substitution pour améliorer l'ouvrage. En effet, le marché de substitution doit por-

ter sur la même prestation que celle qui faisait l'objet du marché initial^[11]. Ainsi, dès lors que le marché de substitution est différent du contrat initial, le titulaire ne saurait en principe en supporter les conséquences financières^[12].

Par ailleurs, l'entrepreneur est tenu de couvrir la différence entre le coût du marché de substitution et celui du marché résilié sans pouvoir bénéficier de l'économie éventuelle^[13]. Seul le supplément de dépenses résultant de la passation du marché de substitution pourrait être supporté par l'entreprise. Or précisément en l'espèce, le marché de substitution était d'un montant inférieur au coût de la poursuite des travaux du marché résilié, raison pour laquelle aucune somme n'avait été mise à la charge de l'entreprise sur ce point.

Fondement du droit de suivi

Enfin, le fondement du droit de suivi du marché de substitution est exclusivement contractuel et n'a d'autre source que le contrat.

Cela peut s'expliquer par le fait que l'existence même du marché de substitution est prévue par le contrat (en l'occurrence le CCAG Travaux) à la différence de la mise en régie, plus générale et susceptible d'être mise en œuvre dans le silence du contrat^[14].

Mesures conservatoires et marché de substitution : des régimes et des objectifs distincts

Caractéristiques des mesures conservatoires

Prévues aux articles 46.2 et 46.3 du CCAG de 1976^[15], les mesures de conservation n'ont pas pour objet de reprendre et d'achever l'ouvrage mais d'en assurer la conservation et la mise en sécurité. Dans certains cas comme en l'espèce, notamment lorsque l'état des ouvrages concernés ne permet pas d'envisager un achèvement, des mesures de démolition peuvent être prescrites.

Là encore, le coût de ces mesures est à la charge de l'entrepreneur. En revanche, aucun droit de suivi n'est prévu. Le CCAG Travaux, dans ses différentes versions, est totalement silencieux sur ce point, ce que le Conseil d'État n'a pas manqué de relever en l'espèce. Alors qu'une procédure de suivi est expressément prévue pour le marché de substitution, aucune stipulation identique

[6] C'est le CCAG Travaux approuvé par le décret n°76-87 du 21 janvier 1976 qui était applicable en l'espèce ; un tel régime demeure à l'article 48.5 du CCAG Travaux approuvé par arrêté du 8 septembre 2009.

[7] CE 17 mars 1972, Figaro li, *Rec. CE* p. 224.

[8] CE 3 mars 1993, Ville de Digne, req. n° 117096.

[9] CE 3 novembre 1978, OPHLM des Alpes Maritime, *Rec. CE* p. 875.

[10] CE 7 mars 2005, S.E.E.E., req. n° 241666 ; CAA Lyon 27 juin 1989, Centre hospitalier de la Fontonne, req. n° 89LY00317, *Rec. CE* p 781.

[11] CE 29 mai 1977, Ministre des finances, *AJDA* 1977, II, p. 394.

[12] CE 20 mars 1957, Ruiz, *Rec. CE* p. 184 ; CE 6 février 1981, Société Lorang, *Rec. CE* tables p. 813.

[13] CE 29 mai 1981, SA Roussey, req. n° 12315.

[14] G. Clamour, « L'exécution contractuelle d'office entre deux eaux », *AJDA* 2017, p. 1963.

[15] Voir désormais l'article 47.1 du CCAG Travaux de 2009, avec des stipulations identiques.

n'existe pour les mesures conservatoires tendant à la conservation et à la sécurité des ouvrages. De même, alors que l'entreprise doit être informée de la passation d'un marché de substitution, le maître d'ouvrage n'a pas à lui notifier le marché passé par l'exécution des mesures de conservation et de sécurité.

Il y a donc une différence de régime aux causes plurielles.

En l'espèce, le Conseil d'État s'est retranché derrière une interprétation littérale des stipulations du CCAG Travaux. L'arrêt relève ainsi que l'article 49.5 du CCAG Travaux alors applicable prévoit une procédure de suivi pour le marché de substitution. Il est en revanche totalement silencieux en ce qui concerne les mesures conservatoires susceptibles d'être prises en charge par l'entreprise. La rédaction du CCAG Travaux en vigueur ne différant pas de l'ancien sur ce point, la solution prescrite par l'arrêt commenté demeure applicable. Pas de droit au profit de l'entreprise sans texte en ce sens semble donc affirmer le Conseil d'État.

Une solution fondée

La solution pourrait apparaître critiquable^[16] dès lors que les mesures de mise en régie sont d'ordre public, existent même dans le silence du contrat et doivent être précédées d'une mise en demeure de l'entreprise^[17]. Or un marché de substitution peut être regardé comme une déclinaison particulière de l'exécution aux torts et risques de l'entrepreneur.

Il pourrait néanmoins être objecté que l'exigence de droit de suivi d'un marché de substitution ne saurait être assimilée à une simple mise en demeure avant exécution aux torts et risques. La mise en demeure vise à s'assurer que l'entreprise a été invitée à exécuter les travaux alors que le droit de suivi répond à des exigences particulières. Il a pour objectif de permettre à l'entreprise de contrôler l'exécution du marché de substitution et son coût mais aussi de vérifier que ce dernier ne comporte pas des prestations « améliorées » au regard du marché initial. Or l'exécution de mesures conservatoires est étrangère à cette dernière considération.

Une « automaticité » du droit de suivi, même dans le silence du contrat pourrait en outre compliquer l'exécution de mesures conservatoires souvent urgentes, rendues indispensables par les nécessités du service et l'obligation pesant sur la personne publique d'en assurer la continuité. Elle pourrait également sembler contradictoire avec l'allègement procédural manifestement souhaité pour la passation des conventions de mise en régie^[18].

[16] Voir en ce sens G. Clamour, « L'exécution contractuelle d'office entre deux eaux », *op.cit.*

[17] CE, ass., 9 novembre 2016, Société Fosmax LNG, *Rec. CE* p. 467 concl. G. Pellissier ; CE, 14 février 2017, Société manutention portuaire d'Aquitaine, req. n° 405157.

[18] En matière de concession de services, voir CE 14 février 2017, Société manutention portuaire d'Aquitaine, *op.cit.*

Une différence justifiée

Cette différence de régime peut également s'expliquer par le coût à supporter par l'entreprise. Un marché de substitution s'avère en principe plus coûteux que de simples mesures conservatoires (même si en l'espèce, la situation était un peu particulière avec des mesures conservatoires - tendant à déposer une digue sous-marine devenue inutilisable - assez coûteuses).

Ainsi, le marché de substitution peut aboutir, pour le titulaire, à un déséquilibre économique important. En effet, le marché résilié n'est pas payé en totalité puisque seuls les travaux relatifs aux ouvrages ou parties d'ouvrages en cours ou achevés à la date de résiliation du marché et qui sont finalement devenus propriété du maître d'ouvrage doivent être payés au titulaire défaillant. Peuvent y être ajoutés les travaux supplémentaires rendus strictement nécessaires en cours d'exécution du chantier^[19]. À ce paiement partiel s'ajoute le coût d'un marché de substitution lorsque celui-ci entraîne un supplément de dépenses. Il est donc logique de prévoir des garanties particulières au profit de l'entrepreneur, eu égard aux conséquences financières importantes du marché de substitution.

Ce marché de substitution fait également suite à une mesure de résiliation pour faute et est donc passé dans un contexte particulièrement conflictuel. Les mesures de conservations sont censées avoir pour objet (hors mesures particulières, comme en l'espèce, de démolition) de protéger les ouvrages. Il est donc logique de prévoir un suivi spécifique pour le marché de substitution constituant une garantie importante pour l'entrepreneur.

Conclusion

L'arrêt commenté permet de clarifier une question inédite demeurant d'actualité au vu de la rédaction du CCAG Travaux en vigueur : pas de droit de suivi pour les mesures de sauvegarde et conservatoires dans le silence du marché public de travaux. Il a également le mérite de maintenir un fondement contractuel précis à une exigence procédurale bénéficiant à l'entreprise, et ce alors que la définition d'un véritable ordre public contractuel, appelée de leurs vœux par de nombreux auteurs^[20], n'en est qu'à ses débuts.

[19] Voir X. Bigas et Y. Baïta, « Le décompte de liquidation des marchés publics de travaux résiliés aux torts et risques de l'entrepreneur en huit questions », *Contrats publics - Le Moniteur*, n° 153, avril 2015, p. 30.

[20] Voir par exemple G. Clamour, « L'exécution contractuelle d'office entre deux eaux », *op.cit.* ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « Le régime d'ordre public des contrats administratifs », *Contrats et Marchés publ.* n° 5, mai 2017, repère 5.