

CONCLUSIONS

M. Olivier HENRARD, rapporteur public

1. Le département de Mayotte a confié en 2004 la construction d'un nouveau terminal à conteneur dans la baie Longoni, au Nord de l'île, à un groupement solidaire comprenant la société Colas. Le montant initial s'élevait à environ 43 millions d'euros mais un avenant n°2 signé en 2006 a porté le marché à 56 millions : il prévoit notamment des études et travaux supplémentaires nécessaires pour tenir compte d'incertitudes liées au risque sismique et à la nature des sols, un nouveau bordereau de prix et un allongement du délai d'exécution.

Le décompte général notifié en 2009 pour un montant de 79 millions d'euros a été contesté par les constructeurs, qui ont demandé au tribunal administratif de Mayotte d'arrêter ce décompte à 103 millions – ce qui revient à condamner le département à verser 24 millions.

Le jugement du 18 juin 2013 n'a fait droit que très partiellement à ces conclusions, à hauteur de 535 620 euros : l'essentiel de cette somme correspond à des travaux indispensables à la réalisation de l'ouvrage qui n'avaient pas été agréés par le maître d'œuvre. Le groupement a formé un appel principal et le département un appel incident.

Le 9 décembre 2015 la cour de Bordeaux a annulé le jugement comme irrégulier : en effet, le sens des conclusions du rapporteur public n'était renseigné que par la mention « satisfaction partielle ». Elle a ensuite évoqué l'affaire et rejeté la totalité des demandes du groupement.

La société Colas s'est pourvue en cassation et vous avez admis les conclusions de ce pourvoi dirigées contre l'arrêt en tant qu'il a rejeté les demandes de l'entreprise tendant à la rémunération de quatre types de travaux sur lesquels nous allons successivement nous pencher. Les différents moyens portent sur la détermination des prix applicables à ces travaux.

2. A titre liminaire, il faut préciser que les quatre prix en litige sont tous des prix unitaires (une autre partie du marché ayant été passé avec des prix forfaitaires). Ainsi que nous l'indiquons, l'avenant n°2 a ajouté au bordereau des « prix supplémentaires ». Une fois les travaux effectués, le département a décidé de rémunérer l'entrepreneur sur le fondement de prix différents que ceux qu'il réclamait. Trois cas de figure se présentent :

- le département applique des prix **entièrement nouveaux pour deux travaux** : prix 301a au lieu de 349b pour le rechargement du talus de dragage et prix 1001a au lieu de 1001 pour la réalisation de la couche de fondation du terre-plein ;

- le département applique aux travaux de réalisation des chapiteaux de tête de pieux **le prix 506 du bordereau initial** et non le prix supplémentaire 503i prévu à l'avenant n°2 ;

- le département applique aux travaux de recépage des pieux **un prix du nouveau bordereau plutôt qu'un autre** : à savoir le 419d qui rémunère les travaux hors de l'eau plutôt que le 419e qui rémunère les travaux sous l'eau.

Il est important de souligner que les parties sont d'accord pour considérer que les prix de l'avenant n°2 sont des prix « supplémentaires » qui ne se sont donc pas substitués à ceux du marché initial. L'article F de l'avenant précise que les prix supplémentaires s'appliquent **aux adaptations** du projet initial et **aux prestations supplémentaires**. Les deux catégories de prix seront donc appliquées suivant les modalités de réalisation qui ont été effectivement choisies : identiques au projet initial, adaptées, ou entièrement nouvelles.

La cour a rejeté les prétentions de la société Colas au sujet des quatre prix en litige. Trois moyens dirigés contre ces motifs nous semblent de nature à justifier l'annulation de l'arrêt en tant qu'il a statué sur les quatre prix litigieux.

2. Nous semble d'abord fondé le deuxième moyen du pourvoi, tiré de ce que la cour a commis une erreur de droit et dénaturé les pièces du dossier en jugeant que l'application de prix nouveaux à des travaux nouveaux ou modificatifs pouvait résulter de la seule constatation, par le maître d'ouvrage, des conditions réelles d'exécution des prestations.

Ce moyen concerne l'application des prix nouveaux 301a et 1001a, au lieu des prix d'origine 349b et 1001, aux travaux de rechargement du talus de dragage et de réalisation de la couche de fondation du terre-plein.

L'article 14 du CCAG Travaux, auquel le marché renvoie, définit les « *prestations supplémentaires ou modificatives* » à son article 14.1 comme « *les ouvrages ou travaux dont la réalisation ou la modification est décidée par ordre de service et pour lesquels le marché ne prévoit pas de prix* ». Il prévoit pour le règlement de ces prestations une procédure de notification de prix provisoires à l'entrepreneur par le maître de l'ouvrage.

Les prix provisoires, comme le précise l'article 14.3 du CCAG, sont des prix d'attente qui n'impliquent ni l'acceptation du maître de l'ouvrage ni celle de l'entrepreneur. Ils sont appliqués pour l'établissement des décomptes jusqu'à la fixation des prix définitifs. Toutefois, selon l'article 14.4, l'entrepreneur est réputé les avoir acceptés « *si, dans le délai d'un mois suivant l'ordre de service qui lui a notifié ces prix, il n'a pas présenté d'observation au maître d'œuvre en indiquant, avec toutes justifications utiles, les prix qu'il propose* ».

Or la cour a jugé de façon assez incompréhensible, au point 15 de son arrêt, que « *la modification dans les conditions d'exécution d'une prestation ne saurait être regardée comme donnant naissance à des travaux nouveaux ou modificatifs (...) mais comme la réalisation de travaux déjà décidés* ». Elle a ensuite déduit de ce postulat qu'un prix nouveau pouvait être fixé de façon unilatérale par le maître d'ouvrage, au regard des conditions réelles de réalisation de la prestation, à moins que l'entrepreneur n'apporte la preuve que la prestation était intervenue dans des conditions équivalentes à celles décrites par l'ancien prix.

La cour nous semble avoir ainsi commis une première erreur de droit, en posant un mécanisme de fixation de prix nouveau au regard des « conditions réelles de réalisation d'une prestation », qui s'affranchit frontalement des stipulations de l'article 14 du CCAG

Nous pensons qu'elle en a commis une seconde en jugeant, d'une part, que la modification des conditions d'exécution de ces prestations ne donnait pas naissance à des travaux nouveaux ou modificatifs et, d'autre part, que le maître d'ouvrage pouvait fixer un prix nouveau pour ces travaux déjà prévus.

En effet, de deux choses l'une. Soit nous sommes en présence de travaux nouveaux ou modificatifs, auquel cas le maître de l'ouvrage peut appliquer un prix nouveau, mais à condition de respecter la procédure prévue à l'article 14 du CCAG. Soit il s'agit de travaux que l'on peut regarder comme prévus par le marché initial, par exemple parce que leurs conditions de réalisation n'ont pas été précisées par le contrat – auquel cas l'entrepreneur doit être payé au prix prévu pour ces travaux prévus.

3. Mais la cour nous semble également avoir commis une erreur de droit au sujet des prix applicables à la réalisation des chapiteaux de têtes de pieux (6^{ème} moyen du pourvoi).

Elle a en effet récusé le prix supplémentaire 503i prévu à l'avenant n°2 pour rémunérer des travaux sous-marins – plus élevé – et appliqué le prix initial 506, non supprimé par l'avenant, qui correspondait à la réalisation de chapiteaux « à l'air libre ».

La cour a pourtant admis, au point 21, que des travaux sous-marins avaient bien été réalisés. Mais elle a estimé qu'ils n'étaient pas nécessaires « *autrement que pour des raisons d'organisation du chantier propres à la société Colas* ». Autrement dit, alors qu'il existait un débat entre le groupement attributaire et le département sur la question de savoir si certains travaux avaient ou non été effectués sous l'eau, c'est sur un terrain beaucoup plus radical que la cour a écarté l'intégralité des prétentions de Colas : l'absence de nécessité de recourir à cette technique plus onéreuse. Ce raisonnement nous semble très discutable.

Nous pensons que la cour aurait pu se fonder sur la circonstance que l'entrepreneur avait réalisé ces travaux sous-marins sans ordre de service – à supposer qu'elle ressorte du dossier.

Mais ici, il n'est pas contesté que l'entrepreneur a effectué ces travaux sans opposition du maître de l'ouvrage ni du maître d'œuvre. Il n'est pas contesté non plus que ces travaux ont été réalisés conformément aux règles de l'art. Par ailleurs les modalités d'exécution de ces travaux – sous-marins ou à l'air libre – n'avaient pas été déterminées contractuellement.

Il ne nous semble donc pas possible qu'un entrepreneur qui a effectué des travaux sans méconnaître aucune clause du contrat, aucune directive du maître de l'ouvrage ou du maître d'œuvre et dans les règles de l'art, puisse être rémunéré sur la base d'un autre prix unitaire que celui qui est prévu par le contrat pour la technique qu'il a choisi de mettre en œuvre – technique qui, en l'espèce, était prévue par le contrat le plus récent à savoir l'avenant n°2.

4. Enfin la cour a commis une autre erreur de droit (7^{ème} moyen du pourvoi) au sujet des prix applicables au recépage des pieux. Ici également, la cour a appliqué le prix réservé aux travaux à l'air libre (419d) plutôt que le prix des travaux réalisés sous l'eau (419e).

Elle s'est fondée au point 22 de son arrêt sur le fait que le département établissait qu'une partie de ces pieux (file A), découpés sous l'eau par l'entreprise, émergeaient régulièrement et que les travaux auraient donc pu être réalisés à l'air libre pour cette partie du chantier.

Toutefois, comme pour le moyen précédent, les modalités d'exécution des travaux de recépage – sous-marins ou à l'air libre – avaient été laissées contractuellement à l'appréciation de l'entrepreneur. Celui-ci a employé la technique sous-marine, prévue à l'avenant avec un prix 419e plus élevé, mais il n'est pas soutenu que l'ordre aurait été donné par le maître de l'ouvrage ou le maître d'œuvre d'effectuer le découpage hors de l'eau.

La circonstance que les travaux sous l'eau étaient ou non « objectivement » nécessaires, comme le relève la cour, est indifférente dès lors qu'ils ont été réalisés dans les règles de l'art.

5. Les autres moyens d'erreur de droit et de dénaturation du pourvoi ne sont pas fondés (n°1) ou sont en tout état de cause privés d'objet si vous accueillez les moyens que nous vous proposons (moyens n°3 et 4 au sujet du prix 349b et moyen n°5 au sujet du prix 1001).

EPCMNC :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il a rejeté les conclusions de la société Colas tendant à la rémunération des travaux de rechargement du talus de dragage, des travaux de réalisation de la couche de fondation du terre-plein, des travaux de réalisation des chapiteaux de tête de pieu et des travaux de recépage des pieux, par l'application des prix 349b, 1001, 503i et 419e ;

- au renvoi de l'affaire, dans cette mesure, devant la cour administrative d'appel de Bordeaux ;

- à ce que le département de Mayotte verse la somme de 3 500 euros à la société Colas en application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées à ce titre par le département.