

N° 399382
Société Entreprise Morillon
Corvol Courbot

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 29 mai 2017
Lecture du 9 juin 2017

CONCLUSIONS

M. Olivier HENRARD, rapporteur public

1. La présente affaire vous permettra de préciser la portée du droit du titulaire d'un marché, qui a été résilié à ses frais et risques, de suivre l'exécution des différents types de contrats passés par la personne publique, à la suite de cette résiliation, avec d'autres entreprises.

La commune de Cannes a décidé, voici quelques années, de protéger dans la mesure du possible les plages de la Croisette des effets des tempêtes. A cette fin, elle a signé le 7 septembre 2009 un marché de travaux d'environ 1,5 millions d'euros à la société EMCC, afin de mettre en place une digue sous-marine de 545 mètres de long. L'ouvrage se composait de tubes en géotextile – une trame synthétique – remplis de sable et posés sur un tapis destiné à stabiliser le sol. Le chantier aurait dû s'achever le 16 avril 2010, afin de ne pas perturber la saison touristique. Il a toutefois accumulé les retards et une inspection réalisée le 17 avril 2010 a permis de constater des malfaçons sur les éléments déjà posés. Une tempête survenue quelques jours plus tard, le 4 mai 2010, a provoqué la destruction quasi-intégrale des 210 mètres de tubes en place. La commune a donc mis en demeure EMCC de déposer le tronçon détruit et de reprendre les travaux, mais la société n'a pas donné suite à ces mises en demeure.

La commune a donc résilié le marché aux torts exclusifs d'EMCC le 22 octobre 2010. Elle a ensuite conclu deux marchés avec la société Trasomar : l'un, de dépose des éléments installés et l'autre, de substitution, pour procéder à l'installation d'une nouvelle digue.

EMCC a formé alors trois demandes auprès du tribunal administratif de Nice. Elles tendaient à titre principal, pour la première, à l'annulation du marché, pour la deuxième, à l'annulation de la décision de résiliation et pour la troisième, à la condamnation de la commune à réparer les préjudices résultant de la nullité du marché et de celle de la décision de résiliation.

Le tribunal a rejeté les demandes de l'entreprise. Il a fait droit en revanche aux conclusions incidentes de la commune en condamnant EMCC à lui verser la somme de 1 922 413 euros au titre du solde du marché. EMCC a fait appel de ce jugement mais par un arrêt du 21 mars 2016 la cour administrative d'appel de Marseille a rejeté sa requête. Elle se pourvoit donc en cassation et elle attire à l'instance le maître d'œuvre, la société Artelia Eau Environnement.

2. Le pourvoi de l'entreprise n'est dirigé contre l'arrêt qu'en tant qu'il a statué sur ses conclusions indemnitaires. Il développe d'abord deux moyens d'insuffisance de motivation, dirigés contre le point 15 de la décision attaquée, par lequel la cour a jugé que la commune était fondée à prononcer une résiliation aux torts exclusifs.

2.1. Le premier moyen vise la considération selon laquelle « *les tempêtes survenues les 19 février 2010 et 4 mai 2010 ne présentaient pas un caractère exceptionnel* ».

La société souligne avoir soutenu en appel qu'il s'agissait d'un événement extraordinaire et elle produit à l'appui de son affirmation un arrêté ministériel du 25 juin 2010 portant reconnaissance de catastrophe naturelle. Il ressort toutefois de ses écritures que cette circonstance n'était qu'un des nombreux arguments, parmi d'autres, invoqué au soutien du moyen tiré de ce que l'absence de reprise des travaux ne lui était pas imputable et qu'elle n'avait pas manqué à ses obligations contractuelles. Or, le juge du fond n'avait pas à se prononcer sur chacun de ces arguments.

Quant à la circonstance que l'intensité de la houle à laquelle la digue devait résister en application du CCTP, était inférieure à celle constatée lors de la tempête, elle n'était également qu'un de ces multiples arguments. Le juge n'était pas davantage tenu d'y répondre.

2.2. Le deuxième moyen critique la considération qui suit, au même point 15 de l'arrêt, selon laquelle « *il résulte d'ailleurs de l'instruction que les dommages subis par les géotubes étaient antérieurs à ces événements climatiques* ».

En tout état de cause, l'arrêt est sur-motivé sur ce point. La décision de résiliation est justifiée par un motif unique, tiré du refus d'EMCC d'obtempérer à l'ordre de service puis à la mise en demeure de reprendre les travaux. C'est d'ailleurs bien ce qu'a jugé la cour. Le rappel des manquements antérieurs de l'entreprise n'était donc pas nécessaire à son raisonnement. Nous vous proposons de juger que le moyen dirigé contre ce motif surabondant est inopérant.

3. Les deux moyens suivants visent le point 16 de l'arrêt, où la cour expose les raisons pour lesquelles la société n'est pas fondée à réclamer le paiement du solde du marché. Selon EMCC, la cour n'aurait pas répondu à deux moyens tirés de la méconnaissance de certaines stipulations contractuelles.

3.1. Il s'agit, en premier lieu, du 2^{ème} alinéa de l'article 10 du CCAP, qui prévoit que la pénalité de résiliation mise à la charge du titulaire du marché incapable de remplir ses obligations contractuelles se limite à un abattement de 10% sur le règlement du montant des prestations déjà réalisées. Il est vrai que la cour n'a pas répondu de façon explicite au moyen tiré de la violation de cette stipulation, mais nous pensons qu'elle n'avait pas à le faire.

Nous avons déjà souligné en effet que la résiliation litigieuse était fondée sur le refus d'EMCC d'obtempérer à l'ordre de service puis à la mise en demeure de reprendre les travaux, non sur les manquements de l'entreprise à ses obligations contractuelles. Il en résulte que les stipulations du 2^{ème} alinéa de l'article 10 n'étaient pas applicables en l'espèce. Le montant de la somme mise à la charge de la société EMCC ne comprend d'ailleurs pas la pénalité qu'elles prévoient. Il se compose en effet des trois volets suivants : le remboursement d'un acompte de 352 308 euros perçu par EMCC, le marché conclu avec la société Trasomar pour un montant de 1 475 023 portant sur la dépose des ouvrages défectueux, enfin l'avenant

de 95 082 euros destiné à prolonger la mission du maître d'œuvre. Quant au coût du marché de substitution conclu avec Trasomar pour poser une nouvelle digue, il n'y figure pas dans la mesure où il était inférieur à celui du marché conclu avec EMCC.

3.2. Enfin, la cour n'aurait pas répondu au moyen tiré de ce que la ville de Cannes avait fait obstacle au suivi de l'exécution des deux marchés conclus avec Trasomar et ainsi méconnu l'article 49.5 du CCAG Travaux (1976). Il est exact que la cour n'y répond pas : toute la question est donc de savoir si le moyen était opérant.

La commune et le maître d'œuvre, en défense, font d'abord valoir que les sommes réclamées à EMCC se rapportent exclusivement au marché de dépose et à celui du maître d'œuvre, non au marché de substitution. Elles ont raison sur ce premier point, nous l'avons vu.

Les défendeurs ajoutent alors que le droit de suivi prévu à l'article 49.5 du CCAG porte uniquement sur le marché de substitution passé pour l'achèvement des travaux, non sur d'autres prestations à caractère conservatoire ou de sécurité – telles qu'en l'espèce la dépose des ouvrages défectueux. Ce raisonnement nous semble tout à fait fondé.

Le mécanisme bien connu du suivi du marché de substitution doit permettre à l'entrepreneur dont le marché a été résilié de veiller à la sauvegarde de ses intérêts. Il doit notamment pouvoir vérifier que le nouveau marché a un objet équivalent à celui de l'ancien ou doit permettre de parvenir au même résultat : CE, Section, 28 janvier 1977, *Ministre de l'Economie c/ Société Heurtey*, n° 99449, A. Vous jugez que si l'entrepreneur n'a pu suivre ces travaux, faute par exemple d'avoir reçu notification du nouveau marché, il n'est pas tenu de payer le surcoût : CE, Sect., 17 mars 1972, *Dame F...*, n° 76453, A.

Ce dispositif figure à l'article 49 « Mesures coercitives » du CCAG de 1976. Selon l'article 49.4, « *en cas de résiliation aux frais et risques de l'entrepreneur, il est passé un marché avec un autre entrepreneur pour l'achèvement des travaux. Ce marché est conclu après appel d'offres avec publicité préalable ; toutefois, (...) en cas d'urgence, il peut être passé un marché négocié* ». L'article 49.5 précise : « *L'entrepreneur dont les travaux sont mis en régie est autorisé à en suivre l'exécution sans pouvoir entraver les ordres du maître d'œuvre et de ses représentants./ Il en est de même en cas de nouveau marché passé à ses frais et risques.* ».

Il se distingue clairement du régime des travaux dont l'objet n'est pas d'achever l'ouvrage, mais de mettre en place des mesures conservatoires dans le cadre de la résiliation du marché.

Celui-ci est prévu par l'article 46 « Résiliation du marché ». Selon le 46.2 : « *En cas de résiliation, il est procédé (...) aux constatations relatives aux ouvrages et parties d'ouvrages exécutés (...). Il est dressé procès-verbal de ces opérations ; (...)* ». Et l'article 46.3 stipule : « *Dans les dix jours suivant la date de ce procès-verbal, la personne responsable du marché fixe les mesures qui doivent être prises avant la fermeture du chantier pour assurer la conservation et la sécurité des ouvrages ou parties d'ouvrages exécutés. Ces mesures peuvent comporter la démolition de certaines parties d'ouvrages./ A défaut d'exécution de ces mesures par l'entrepreneur dans le délai imparti par la personne responsable du marché, le maître d'œuvre les fait exécuter d'office./Sauf dans les cas de résiliation prévus aux articles 47 et 49, ces mesures ne sont pas à la charge de l'entrepreneur.* ».

En l'espèce, les travaux de démolition du tronçon de digue relèvent clairement de cette seconde catégorie d'intervention. Ils ont fait l'objet d'un premier marché confié à Trasomar,

après qu'EMCC se soit abstenue de les exécuter. Or, si le coût des mesures de conservation et de sécurité est bien mis à la charge du titulaire du marché résilié, leur régime ne prévoit aucun droit de suivi, à la différence de celui du marché de substitution.

Le CCAG de 1976, applicable ici, ne nous semble en effet avoir institué aucun « pont » entre les deux séries de stipulations, pas plus d'ailleurs que le CCAG de 2014 qui reprend à ses articles 47.1.1 et 47.1.2 le contenu des stipulations des articles 46.2 et 46.3.

Ce n'est d'ailleurs pas la seule différence entre les deux régimes, puisqu'il n'est pas non plus prévu que le titulaire du marché résilié se voit notifier le contrat passé pour l'exécution d'office des mesures de conservation et de sécurité, lorsqu'un tel contrat a été nécessaire. En conséquence, vous ne contrôlez pas non plus s'il a bien reçu une telle notification.

Une telle dualité peut trouver plusieurs sources d'explication.

D'une part, il faut rappeler que le marché de substitution est souvent passé dans des circonstances délicates : l'article 49.4 du CCAG envisage d'ailleurs le recours au marché négocié en cas d'urgence. Son suivi revêt donc un enjeu particulier pour les intérêts du titulaire du marché initial, car ces circonstances ont pu peser sur l'équilibre économique.

D'autre part, l'enjeu financier des mesures de conservation et de sécurité est, *a priori*, plus modeste que celui du marché de substitution – même si la présente affaire nous offre un contre-exemple. La démolition de certaines parties d'ouvrages n'est qu'un des cas de figure possible : il peut s'agir, plus simplement, d'une simple restriction de l'accès au site, que le maître de l'ouvrage peut exécuter lui-même.

Nous vous proposons donc de juger que le moyen, tiré de ce que la commune avait méconnu le droit de la société EMCC de suivre l'exécution du marché de dépose de la digue était inopérant et que la cour n'était donc pas tenue d'y répondre.

EPCMNC :

- au rejet du pourvoi ;
- à ce que la société EMCC verse à la commune de Cannes et à la société Artelia Eau et Environnement la somme de 3 500 euros chacune au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;
- au rejet des conclusions présentées à ce même titre par la société EMCC.