

N° 417738
Société Merceron
Travaux Publics et autres

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 13 juin 2018
Lecture du 25 juin 2018

- B

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

L'établissement du décompte général et définitif d'un marché de travaux, qui, comme vous le savez, retrace l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu son exécution et dont le solde détermine les droits et obligations définitifs des parties, est une négociation entre le maître d'ouvrage et le titulaire dont les étapes sont précisément détaillées par le cahier des clauses administratives générale (CCAG) applicable à ces marchés. Afin d'en accélérer l'établissement pour faciliter la gestion de la trésorerie des entreprises, la dernière modification de ce document, issue d'un arrêté du 3 mars 2014, non seulement réduit les délais d'établissement du décompte, mais innove en instituant un cas d'acceptation tacite par le maître d'ouvrage, désormais désigné comme le pouvoir adjudicateur, du projet de décompte final que lui soumet le titulaire.

L'affaire qui vient d'être appelée vous permettra de faire application pour la première fois de ces nouvelles stipulations en précisant à quelles conditions un projet de décompte peut être regardé comme tacitement accepté. Elle vous donnera également l'occasion de vous prononcer sur la portée du délai dans lequel le titulaire doit notifier au pouvoir adjudicateur et au maître d'œuvre son projet de décompte final.

Le 18 mai 2015, la société Merceron TP a reçu la notification du procès-verbal de réception sans réserves des travaux de renforcement des perrés situés sur la commune de la Guérinière, sur l'île de Noirmoutier. La consolidation de ces ouvrages de lutte contre l'érosion marine du littoral lui avait été commandée par la communauté de communes de l'île un peu moins d'un an auparavant. Le 31 juillet 2015, elle a adressé au pouvoir adjudicateur un projet de décompte final assorti d'un mémoire réclamant une rémunération complémentaire de près de 135 000 euros HT, soit une augmentation d'environ 50 % du montant du marché. Après avoir transmis ce mémoire à la maîtrise d'œuvre pour qu'elle l'analyse, le pouvoir adjudicateur a rejeté cette réclamation. Le 23 octobre 2015, la société Merceron a notifié au pouvoir adjudicateur et au maître d'œuvre un projet de décompte général intégrant ses demandes, auquel ni l'un ni l'autre n'ont répondu. Toutefois, le 20 novembre 2015, le maître d'ouvrage a transmis à la société un décompte général excluant ces surcoûts. Après l'échec d'une tentative de médiation, la société Merceron, entretemps placée sous sauvegarde judiciaire, et ses représentants, ont saisi le juge des référés du TA de Nantes d'une demande de paiement d'une provision d'un montant de 213 000 euros TTC, correspondant à ce qu'ils

estiment être le solde en leur faveur du marché tel qu'il résulte de l'acceptation tacite née du silence gardé pendant 10 jours par le pouvoir adjudicateur sur le projet de décompte général qu'elle lui avait transmis le 23 octobre 2015.

Ni le juge des référés, qui a rejeté la demande comme irrecevable, ni la Cour administrative d'appel de Nantes, qui a confirmé son ordonnance par un arrêt contre lequel la société et ses représentants judiciaires se pourvoient en cassation, n'ont suivi son raisonnement : refusant de reconnaître l'existence d'un décompte général et définitif tacite qu'il s'agirait d'exécuter, ils ont considéré que le projet de décompte général transmis par le pouvoir adjudicateur le 20 novembre 2015 devait donner lieu de la part du titulaire à une réclamation qu'il devait présenter au pouvoir adjudicateur avant d'en saisir la juridiction, en application de l'article 50 du CCAG relatif au règlement des différends dans l'établissement du décompte.

Pour juger que le silence gardé par le pouvoir adjudicateur sur le projet de décompte général qui lui avait été transmis par le titulaire le 23 octobre 2015 n'avait pu faire naître le décompte général et définitif tacite prévu par les nouvelles stipulations de l'article 13.4.4 du CCAG travaux, la cour a relevé que la société Merceron non seulement n'avait pas adressé son projet de décompte général dans le délai de trente jours fixé par l'article 13.3.2, mais ne l'avait adressé qu'au pouvoir adjudicateur alors que ce même article impose de l'adresser également au maître d'œuvre. Elle en a déduit que le délai de trente jours donné par l'article 13.4.2 au maître d'ouvrage pour notifier au titulaire le décompte final n'avait pas couru, de sorte que le pouvoir adjudicateur ne pouvait être regardé comme n'ayant pas notifié au titulaire le décompte général dans ce délai. Or, telle est la condition pour que le titulaire puisse enclencher la procédure susceptible de déboucher sur la naissance d'un décompte général et définitif tacite. L'article 13.4.4 stipule en effet que « *Si le représentant du pouvoir adjudicateur ne notifie pas au titulaire le décompte général dans les délais stipulés à l'article 13.4.2, le titulaire notifie au représentant du pouvoir adjudicateur, avec copie au maître d'œuvre, un projet de décompte général signé (...). / Si dans ce délai de dix jours, le représentant du pouvoir adjudicateur n'a pas notifié au titulaire le décompte général, le projet de décompte général transmis par le titulaire devient le décompte général et définitif (...)* Le décompte général et définitif lie définitivement les parties (...) ».

La portée du non respect par le titulaire des stipulations de l'article 13.3.2 quant à la suite de la procédure d'établissement du décompte qui résulte de ce raisonnement de la cour est contestée par la requérante qui, sous l'énoncé générique d'erreurs de droit, de qualification juridique des faits et d'insuffisance de motivation, formule essentiellement deux critiques.

La première porte sur la conséquence que la cour a tiré du fait que le projet de décompte final avait été transmis par le titulaire après l'expiration du délai de trente jours à compter de la notification de la décision de réception des travaux fixé par l'article 13.3.2. La requérante soutient que cette circonstance ne saurait avoir pour effet de faire obstacle à la poursuite de la procédure d'établissement du décompte, y compris à l'éventuelle naissance d'un décompte tacite, mais seulement d'en retarder le déroulement à partir de la transmission du projet de décompte.

Nous partageons pleinement cette opinion. Il nous semblerait excessivement rigoureux de juger que si le titulaire ne transmet pas son projet de décompte final dans le délai de trente jours à compter de la notification de la décision de réception, il ne peut plus se prévaloir des délais subséquents ni des effets qui y sont attachés. Cela aboutirait, sinon à faire perdre au

titulaire tout droit à l'établissement du décompte et donc au paiement des prestations qu'il a effectuées, du moins à le laisser entièrement à la merci du temps que le pouvoir adjudicateur prendra pour lui répondre, à supposer qu'il le fasse. Donner une telle portée au délai fixé par l'article 13.3.2 irait bien au-delà de sa finalité, qui est de rythmer la procédure, non de la fermer définitivement au titulaire négligent. D'autant que, comme nous l'avons dit, ces délais sont pour la plupart institués dans l'intérêt du titulaire d'être payé le plus vite possible. L'article 13.3.4 du CCAG travaux envisage d'ailleurs l'hypothèse d'un retard du titulaire à transmettre son projet de décompte final et prévoit qu' *« En cas de retard dans la transmission du projet de décompte final et après mise en demeure restée sans effet, le maître d'œuvre établit d'office le décompte final aux frais du titulaire »*. Et vous avez jugé que lorsque le titulaire n'avait pas établi de projet de décompte final et que le maître d'ouvrage ne l'avait pas mis en demeure de le faire, le litige entre les deux parties pouvait être porté directement devant le juge (25 juin 2004, *Me H...*, n° 228528, aux T sur ce point). Vous veillez donc à ce que le titulaire, même défaillant dans ses obligations procédurales, dispose d'une voie de droit pour obtenir le règlement du différend qui l'oppose au maître d'ouvrage.

En revanche, nous sommes beaucoup moins convaincu par la critique concernant l'autre fondement d'inopposabilité du délai pendant lequel l'absence de notification par le pouvoir adjudicateur du décompte général au titulaire permet à celui-ci de notifier son propre décompte général au pouvoir adjudicateur, déclenchant ainsi le délai de 10 jours au terme duquel, faute pour le pouvoir adjudicateur d'avoir notifié son décompte général, celui du titulaire devient le décompte général et définitif.

En effet, si, comme nous l'avons vu, le caractère tardif de la transmission du projet de décompte final par le titulaire ne doit pas bloquer la suite de la procédure, son caractère incomplet nous semble faire obstacle au déclenchement du délai au terme duquel l'absence de notification par le pouvoir adjudicateur au titulaire du projet de décompte général permet au titulaire de prendre la main pour pouvoir faire naître un décompte général et définitif tacite.

Il faut pour bien le comprendre examiner de plus près les conditions auxquelles le CCAG travaux subordonne la naissance d'un tel décompte tacite.

Elles figurent à l'article 13.4.4 qui précise que le titulaire peut notifier son propre décompte général *« Si le représentant du pouvoir adjudicateur ne notifie pas au titulaire le décompte général dans les délais stipulés à l'article 13.4.2 »*. Ce dernier article stipule que *« Le représentant du pouvoir adjudicateur notifie au titulaire le décompte général à la plus tardive des deux dates ci-après : - trente jours à compter de la réception par le maître d'œuvre de la demande de paiement finale transmise par le titulaire ; - trente jours à compter de la réception par le représentant du pouvoir adjudicateur de la demande de paiement finale transmise par le titulaire (...) »*. La cour a jugé que pour que les délais visés à l'article 13.4.4 puissent être opposables au pouvoir adjudicateur, il faut qu'ils aient couru dans les règles fixées par l'article 13.4.2, c'est-à-dire que le titulaire ait transmis comme il doit le faire en application de l'article 13.3.2 son projet de décompte final au maître d'œuvre et au représentant du pouvoir adjudicateur, afin que l'on puisse déterminer quelle est la plus tardive des deux dates de transmission, qui marque le point de départ du délai de carence du pouvoir adjudicateur. Ce raisonnement semble difficilement contestable : dès lors que le délai court à compter de la plus tardive de deux dates d'expiration de délais, si l'un des délais n'est pas expiré faute d'être parti, le délai subséquent ne peut jamais expirer. En d'autres termes, faute d'une transmission de la demande de paiement finale au maître d'œuvre faisant courir le délai de trente jours à l'expiration duquel peut partir le délai de carence du pouvoir adjudicateur, ce

dernier pourra toujours faire valoir que cette date sera la plus tardive et que n'étant pas encore intervenue, le délai de carence qui court à partir d'elle ne lui est pas opposable.

Pour contredire ce raisonnement qui s'appuie fortement sur les stipulations du CCAG, il faudrait considérer qu'en l'absence de transmission au maître d'œuvre, la plus tardive des deux dates est nécessairement la seule qui peut être déterminée et qui est celle qui correspond à l'expiration du délai de trente jours à compter de la réception du projet de décompte final par le pouvoir adjudicateur.

Nous voyons deux objections à cette solution : la première est qu'il est difficile de déterminer, en l'absence de délai plus général, à quel moment l'absence de transmission au maître d'œuvre est en quelque sorte définitive. Comme aurait pu le dire M. de La Palice s'il s'était intéressé à ce sujet, tant que la transmission n'a pas été effectuée, elle peut avoir lieu à tout moment et la plus tardive des deux dates toujours apparaître après la première.

La seconde est qu'il ne nous paraît pas opportun de retenir une solution qui minimise la portée de l'obligation contractuelle de transmettre le projet de décompte final au maître d'œuvre, qui joue dans l'établissement du décompte un rôle tout à fait essentiel de vérification des comptes du marché (23 septembre 1992, *sté générale d'entreprises*, n° 43752). L'ancien CCAG prévoyait même que le projet de décompte final n'était transmis qu'au maître d'œuvre, qui établissait le décompte général qu'il soumettait ensuite à la signature du maître d'ouvrage. Le nouveau CCAG a entendu simplifier la procédure en prévoyant une transmission simultanée au maître d'œuvre et au maître d'ouvrage, mais il a évidemment maintenu la transmission au maître d'œuvre. Vous faites en règle générale preuve de rigueur dans l'application des stipulations contractuelles déterminant les destinataires des transmissions relatives à l'établissement du décompte et aux réclamations auxquelles il peut donner lieu. Ainsi, vous avez jugé que le titulaire qui n'avait pas présenté sa réclamation sur le décompte général transmis par le maître d'ouvrage au maître d'œuvre, comme l'imposait l'ancien CCAG, mais l'avait fait directement auprès du maître d'ouvrage, ne pouvait ensuite saisir la juridiction (8 avril 2009, *sté DV construction*, n° 297756). Vous n'avez pas suivi votre rapporteur public qui plaidait pour une approche plus pragmatique fondée sur l'idée qu'il appartenait en dernier lieu au maître d'ouvrage de décider sur la réclamation. Nous pensons donc que la même rigueur est de mise ici dans la mesure où elle garantit l'effectivité d'une stipulation expresse et claire du CCAG qui, loin de représenter une formalité inutile, permet à la maîtrise d'œuvre d'exercer l'une de ses missions essentielles de conseil du maître d'ouvrage.

Faut-il faire preuve de la même rigueur lorsque, comme en l'espèce, le maître d'œuvre a bien été saisi du projet de décompte final du titulaire, mais par le pouvoir adjudicateur qui lui a transmis le document que lui avait notifié le titulaire ?

Nous pensons que oui, pour l'application des conditions de naissance d'un décompte tacite. En effet, si pour l'application d'autres règles l'important est que le maître d'œuvre ait pu examiner les demandes du titulaire, quelle que soit la voie par laquelle il les a reçues, il en va différemment pour la mise en œuvre d'un délai que le texte fait partir de la transmission qui lui est faite par le titulaire. Ce délai déclenchant un délai de carence du maître d'ouvrage au terme duquel le titulaire pourra prendre l'initiative d'adresser son propre décompte final, il est nécessaire qu'il puisse le calculer lui-même. Or, en cas de transmission de la demande au maître d'œuvre par le maître d'ouvrage, le titulaire n'aura pas connaissance de la date de cette réception et ne pourra donc décompter les délais.

Ajoutons enfin que la transmission conjointe au maître d'œuvre et au pouvoir adjudicateur n'est pas une formalité bien compliquée pour le titulaire et qu'il n'apparaît pas excessivement sévère d'exiger de lui qu'il respecte les règles simples du CCAG s'il veut pouvoir bénéficier de celles qui lui permettent de vaincre l'inertie du pouvoir adjudicateur.

Pour toutes ces raisons, nous vous invitons à confirmer le raisonnement de la cour. Si vous partagez cet avis, vous neutraliserez le motif surabondant tiré de la tardiveté de la transmission du projet de décompte final, le motif tiré de ce que faute de transmission régulière de la demande au maître d'œuvre, les conditions de naissance d'un décompte général et définitif tacite n'étaient pas remplies, suffisant à justifier l'arrêt attaqué.

EPCMNC : Rejet