

N° 422600
SMA Environnement et autres

N° 417752
Etablissement Paris La Défense

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 6 novembre 2019
Lecture du 27 novembre 2019

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Comment caractériser la naissance d'un différend entre les cocontractants ? Ce sujet n'est pas nouveau mais il a donné lieu à une jurisprudence finalement assez peu abondante. Ces deux pourvois vous permettront d'en préciser la définition.

Ils concernent tous deux des marchés de prestations de services.

1. Le premier pose la question suivante : lorsque le pouvoir adjudicateur n'a pas établi de décompte à la suite d'une résiliation et que le titulaire du marché s'est vu opposer un refus à sa demande d'indemnisation, peut-il saisir directement le juge de ce différend ? Dit plus synthétiquement, quand et comment naît le différend après une résiliation et en l'absence de décompte notifié ?

Ce pourvoi oppose la société SMA Environnement à la métropole Aix-Marseille Provence, venant aux droits du Syndicat d'agglomération nouvelle Ouest Provence. Le 29 juillet 2013, ce dernier a notifié à la société SMA Environnement l'attribution d'un marché de services ayant pour objet l'exploitation de centres de transfert de déchets ménagers et le traitement des ordures ménagères, pour une durée de quatre ans. Une partie des prestations devait être sous-traitée aux sociétés SMA Propreté et SMA Vautubière.

Toutefois, dès le 5 août 2013, juste après la notification, le préfet des Bouches-du-Rhône a informé le syndicat que la procédure d'attribution de ce marché était irrégulière. En conséquence, dès le 6 août 2013, le président de ce syndicat a résilié le marché au motif que « les services de la préfecture considèrent la procédure irrégulière et enjoignent la résiliation du lot considéré ». Le syndicat a relancé une nouvelle procédure de passation et a de nouveau attribué le marché, en décembre 2013, à SMA Environnement.

Le 7 février 2014, la société a adressé au syndicat une demande d'indemnisation, que celui-ci a rejetée le 14 mars 2014.

Les sociétés SMA ont saisi le tribunal administratif d'une demande indemnitaire, à hauteur de 1,7 Me en réparation du préjudice subi du fait de l'illégalité de la décision de résiliation, ainsi qu'une demande tendant au versement de l'indemnité prévue en cas de résiliation pour des motifs d'intérêt général. Le tribunal administratif a rejeté l'ensemble de ces demandes.

La cour administrative d'appel de Marseille a confirmé ce jugement, qui retenait que le motif de résiliation était d'intérêt général et que faute d'avoir envoyé un deuxième mémoire, de réclamation, SMA environnement était irrecevable à réclamer l'indemnité prévue pour résiliation pour un motif d'intérêt général.

2. Le moyen qui nous intéresse porte sur le raisonnement suivi par la cour qui a estimé que le différend n'était né que le 12 mars 2014, c'est-à-dire lorsque le syndicat a rejeté la demande indemnitaire de la société puis qui a constaté qu'aucun mémoire en réclamation postérieur n'avait été adressé au syndicat, et estimé que cette chronologie rendait par suite les conclusions indemnitaires irrecevables.

Il nous faut nous pencher sur ce que prévoit le CCAG-FCS sur trois points.

S'agissant de la résiliation, l'article 33 du CCAG prévoit que « *Lorsque le pouvoir adjudicateur résilie le marché pour motif d'intérêt général, le titulaire a droit à une indemnité de résiliation* ». Il précise que « *Le titulaire a droit, en outre, à être indemnisé de la part des frais et investissements éventuellement engagés pour le marché et strictement nécessaires à son exécution, qui n'auraient pas été pris en compte dans le montant des prestations payées. Il lui incombe d'apporter toutes les justifications nécessaires à la fixation de cette partie de l'indemnité dans un délai de quinze jours après la notification de la résiliation du marché.* ». Enfin, il indique que « *Ces indemnités sont portées au décompte de résiliation, sans que le titulaire ait à présenter une demande particulière à ce titre* ».

S'agissant ensuite du décompte, l'article 34 prévoit, à son point 1, que « *La résiliation fait l'objet d'un décompte de résiliation qui est arrêté par le pouvoir adjudicateur et notifié au titulaire* » et à son point 5 que « *La notification du décompte par le pouvoir adjudicateur au titulaire doit être faite au plus tard deux mois après la date d'effet de la résiliation du marché* ».

Enfin, s'agissant d'un différend, l'article 37 prévoit à son point 2 que « *Tout différend entre le titulaire et le pouvoir adjudicateur doit faire l'objet, de la part du titulaire, d'un mémoire de réclamation exposant les motifs et indiquant, le cas échéant, le montant des sommes réclamées.* ». Il ajoute que « *Ce mémoire doit être communiqué au pouvoir adjudicateur dans le délai de deux mois, courant à compter du jour où le différend est apparu, sous peine de forclusion.* ». Le pouvoir adjudicateur dispose alors lui aussi d'un délai de deux mois, à compter de la réception du mémoire de réclamation, pour notifier sa décision, l'absence de décision valant rejet de la réclamation (point 3).

Nous ne voyons d'abord pas de raison de ne pas appliquer ces stipulations lorsque le contrat n'a pas commencé à être exécuté, dès lors qu'il a été notifié. Les éléments relatifs aux prestations payées ou aux frais liés à l'exécution sont potentiellement sans objet, mais rien ne

conduit pour autant à écarter globalement ces stipulations, dès lors que certains frais ont pu être engagés et que des demandes indemnitaires peuvent être présentées.

Comment combiner ensuite ces stipulations ? Vous avez déjà jugé que les stipulations consistant à présenter un mémoire en réclamation sont applicables à une résiliation (31 mai 2010, *Office public de l'habitat de la communauté urbaine de Strasbourg*, n° 313184, aux Tables sur ce point, conclusions Pdt Boulouis).

Vous avez aussi jugé qu'en l'absence de production d'un décompte de résiliation, l'entreprise concernée ne peut saisir directement le juge, mais doit préalablement présenter un mémoire de réclamation auprès de l'administration. L'absence de décompte de résiliation ne dispense pas le co-contractant du respect de l'obligation d'adresser avant tout contentieux un mémoire de réclamation (OPH de la CUB de Strasbourg précitée). Cette décision a été prise sous l'empire d'une version précédente du CCAG-FCS, mais dont les stipulations sont en substance identiques. Cette solution avait été retenue antérieurement sur le fondement du CCAG-PI (17 mars 2010, Commune d'Algosheim, n° 310079, aux Tables) et a ensuite été appliquée au CCAG-Travaux (15 novembre 2012, Société Axima Concept, n° 356832, aux Tables).

L'article 37 impose un mémoire de réclamation et définit un délai de forclusion de celui-ci à compter de la naissance du différend. C'est ce qu'a appliqué la cour : le mémoire de réclamation doit être postérieur à la naissance du différend.

4. Nous devons reconnaître que l'approche de la cour nous a d'abord semblé sévère et en apparence formaliste. Nous nous sommes donc interrogée sur sa pertinence au regard de l'esprit des textes et de votre jurisprudence.

La chronologie devant être respectée entre la naissance du différend et la présentation d'un mémoire de réclamation nous semble triplement protectrice :

- d'abord, pour le juge, car il ne peut être saisi directement mais après une procédure préalable, susceptible, du fait des échanges entre les parties, de faire cesser le différend ou, à défaut, de le présenter en des termes clairs ;
- protectrice ensuite pour le co-contractant de l'administration, car on ne peut lui opposer un délai de forclusion à compter d'un événement non clairement identifié ;
- protectrice enfin, pour l'administration, qui peut éviter un litige en étant nécessairement destinataire avant le juge d'un mémoire en réclamation.

A cet égard, vous avez veillé à ce que tout désaccord potentiel ne soit précisément pas qualifié de différend afin d'éviter qu'une forclusion soit opposée à une entreprise. Vous avez ainsi jugé que le silence du pouvoir adjudicateur ne pouvait faire naître un différend (11 août 2009, *APHP*, n° 325791, conclusions B. Dacosta). C'était dans le cas d'un retard à payer des factures qui ne suffisait pas à caractériser un différend, celui-ci naissant lorsque le pouvoir adjudicateur refuse expressément de payer de telles factures.

De même, c'est la mise en demeure du titulaire qui marque la naissance du différend (23 janvier 2012, *Département des Bouches du Rhône*, n° 348725). Dans ses conclusions, le Pdt Boulouis, bien qu'indiquant presque citer M. de La Palice, résume l'enjeu fort pertinemment

« il faut – nous dit-il - que des positions se soient exprimées de part et d'autre et qu'elles diffèrent ».

La seule résiliation ne peut faire naître le différend (24 novembre 2008, *Centre hospitalier de la région d'Annecy*, n° 297539). Ceci est parfaitement logique puisque l'on ne peut présumer un désaccord sur le décompte de résiliation.

5. En nous inspirant de la classification opérée par Laurent Richer et François Lichère¹, il nous semble qu'il existe au moins quatre grands cas de figure :

- un différend qui n'est pas relatif au décompte : il faut alors une réclamation, et un rejet exprès ou implicite avant la saisine du juge,
- un différend relatif au décompte si le décompte est notifié : tout part alors du décompte, suivi d'une éventuelle réclamation, dont le rejet exprès ou implicite permet ensuite de saisir le juge
- un différend relatif au décompte en l'absence de décompte notifié : après une demande de paiement, en l'absence de décompte, une notification du projet de décompte est adressée par le titulaire, et en l'absence persistante de décompte, le projet devient le décompte général et définitif
- nous y ajoutons un quatrième cas : un différend faisant suite à la résiliation, en l'absence de décompte : un parfum de différend existe du fait de la résiliation, mais celle-ci ne suffit pas à saisir le juge ; il faut un mémoire en réclamation suivi d'un rejet pour caractériser le différend et le juge peut seulement alors être saisi.

Le différend doit résulter d'un acte clair et correspondre à une date précise. Il résulte donc soit d'une prise de position explicite et non équivoque de la personne responsable du marché, qui révèle ou acte clairement le désaccord, soit de son rejet implicite né du silence à l'issue d'un délai qui lui a été fixé, le cas échéant, par une mise en demeure adressée par le titulaire du marché.

En l'espèce, nous sommes dans le cas particulier de la résiliation sans exécution, ce qui pourrait inciter à assimiler un document de projet de décompte et de demande indemnitaire à un mémoire de réclamation. La mise en demeure d'établir le décompte a d'ailleurs déjà été assimilée à un mémoire de réclamation (8 août 2008, *Société Bleu Azur*, n° 290051, aux Tables²).

Encore faut-il que la chronologie soit respectée. Or, la demande d'indemnisation a été présentée par les sociétés au syndicat d'agglomération le 7 février 2014. Elle a été rejetée expressément par ce dernier le 12 mars 2014. C'est donc à cette date que le différend est né. Un mémoire de réclamation devait alors être présenté par la suite, dans un délai de deux mois. Mais tel n'a pas été le cas, les sociétés saisissant directement le juge administratif. La cour n'a donc pas commis d'erreur de droit en jugeant que les conclusions étaient, pour cette raison, irrecevables.

¹ Droit des contrats administratifs, 11^{ème} édition, voir n° 645

² Au sens de l'article 50.22 du CCAG de 1976

Les autres moyens sont inopérants puisqu'ils portent sur les motifs de fond figurant à titre surabondant dans l'arrêt attaqué.

Par ces motifs, nous concluons sur le n° 422600 :

- au rejet du pourvoi
- à ce que les sociétés SMA Environnement, SMA Propreté et SMA Vautubière versent à la métropole Aix Marseille Provence une somme de 1000 euros chacune au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative
- et au rejet des conclusions présentées au même titre par ces sociétés.

II - Nous en venons au second pourvoi, présenté par l'établissement public de gestion du quartier d'affaires de La Défense (Defacto).

1. Cet établissement a confié à la société Gom Propreté un marché à bons de commande pour des prestations de nettoyage des espaces publics du quartier d'affaires de La Défense.

L'établissement public a constaté que l'une partie des prestations, prévues 7 jours sur 7, n'avait pas été effectuée le dimanche sur la dalle de La Défense et au sein du centre commercial La Coupole, sans que la société l'en informe, alors même que des bons de commande avaient été émis et payés. Il a alors émis deux titres exécutoires, l'un pour récupérer les sommes qu'il estimait indument versées (soit environ 480 000 euros), l'autre pour recouvrer des redevances d'occupation temporaire du domaine public dont était redevable la société en contrepartie de l'autorisation qui lui avait été donnée, pour son activité de nettoyage, d'installer des locaux de cantonnement sur la dalle de La Défense. Le premier de ces titres a été annulé par le juge.

L'établissement a, par ailleurs, refusé de régler les dernières factures envoyées par la société alors que le marché arrivait à sa fin, correspondant à quatre bons de commande, émis du 1^{er} mars 2013 au 5 juin 2013, en estimant qu'elles devaient être compensées avec ses propres créances vis-à-vis de la société. Celle-ci a présenté un mémoire de réclamation, par lettre du 12 décembre 2013, que l'établissement a rejeté, notamment en estimant que le mémoire de réclamation était tardif.

La société Gom Propreté a alors saisi le tribunal administratif de Cergy-Pontoise, qui a rejeté les conclusions relatives aux trois premières factures comme irrecevables et a prononcé la compensation de la somme résultant de la quatrième facture avec la somme résultant d'un titre de perception. La cour administrative d'appel de Versailles a toutefois annulé ce jugement et condamné l'établissement Defacto à verser à Gom Propreté une somme de près de 590 000 euros.

1. Sur le fondement de la définition que nous vous avons proposée précédemment, si vous nous suivez, il vous appartiendra ici d'en faire application.

Deux précisions préalables s'imposent.

Premièrement, il est ici fait application de l'article 34-1 du CCAG –FCS, approuvé par le décret du 27 mai 1977, mais sa rédaction sur la naissance du différend et la production du

mémoire de réclamation est en substance la même que celle que nous avons évoquée à l'occasion de l'examen du précédent pourvoi (article 37.2 du CCAG-FCS dans sa rédaction issue de l'arrêté interministériel du 19 janvier 2009).

Deuxièmement, vous pourrez ici préciser le contrôle que vous exercez en cassation sur l'appréciation portée par les juges du fond quant à la naissance du différend. Dans vos décisions précitées, vous avez censuré d'éventuelles erreurs de droit dans le maniement de la notion de différend, mais vous n'avez pas eu à vous prononcer sur le contrôle exercé en cassation sur l'appréciation du moment de la naissance du différend. Toutefois, par votre décision Rufa (28 décembre 2001, n° 216642, aux Tables sur ce point), vous avez déjà jugé que la question de savoir si un mémoire présente le caractère d'un « mémoire de réclamation » était laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond. Cette question est bien sûr différente, mais elle nous invite à vous proposer de procéder de même s'agissant de la question de savoir à quelle date naît le différend. Sans trancher expressément ce point, la rédaction que vous avez retenue dans votre décision Département des Bouches du Rhône précitée penche aussi en ce sens. La question de la naissance du différend suppose un examen très factuel des éléments en présence et relève, nous semble-t-il, de l'appréciation souveraine des juges du fond, étant précisé que votre contrôle de l'erreur de droit apparaît en réalité plus mobilisable, puisque c'est souvent l'interprétation même des exigences du CCAG qui est en jeu.

En l'espèce, la cour a d'abord relevé que la seule circonstance que Defacto ne s'était pas acquitté en temps utile des factures litigieuses ne saurait caractériser l'existence d'un différend. L'arrêt est sur ce point parfaitement conforme à votre jurisprudence et notamment à la décision APHP précitée.

La seconde branche est un peu plus délicate. Après des réunions infructueuses, la société Gom Propreté a réclamé le paiement des factures litigieuses par un courrier du 7 août 2013. La cour a estimé que ce courrier ne caractérisait pas la naissance d'un différend.

Pour que le différend naisse, il faut une position claire et dépourvue d'ambiguïté de la part des deux parties. Le courrier du 7 août traduisait la position de la société, mais il était rédigé en des termes conditionnels s'agissant des suites qu'elle entendait y donner selon le caractère définitif ou non de la position de l'établissement public. Et cette position n'était à ce stade que retracée sur la base de propos tenus oralement. Ce courrier faisait seulement état d'un différend potentiel et conditionné par la réponse du destinataire.

La circonstance que le 9 août 2013 – deux jours donc après ce courrier - Defacto ait procédé au règlement d'une facture constitue un élément de confusion supplémentaire. Cet acte a pu laisser croire à ma société que l'établissement public n'entendait finalement pas bloquer définitivement le paiement des factures.

Nous pensons donc que la cour n'a ni commis d'erreur de droit, ni dénaturé les faits en estimant que le différend n'était pas né de ce courrier et en écartant, en conséquence, la tardiveté du mémoire de réclamation.

L'autre moyen, qui n'est pas nouveau en cassation, ne vous retiendra pas. La cour a refusé de procéder à la compensation demandée par l'établissement public au motif que le titre exécutoire du 5 juin 2013 avait fait l'objet d'une annulation par le juge administratif de Cergy-Pontoise. La créance avait été annulée par le tribunal administratif pour un motif de fond, tiré de ce que Defacto a réglé les factures sans émettre de réserves et que ce paiement définitif ne pouvait être remis en cause ultérieurement. La cour ne l'a, il est vrai, pas expressément indiqué, mais elle a nécessairement estimé que le caractère définitif du règlement de cette somme avait éteint la créance. La compensation était donc impossible, comme elle l'a retenu sans erreur de droit et de façon suffisamment motivée en se référant au jugement du tribunal administratif de Cergy-Pontoise.

En fin de compte, l'examen de ces deux pourvois témoigne de ce que l'exigence d'une identification précise du différend n'a pas pour effet de faire porter une contrainte plus lourde sur la personne publique ou, au contraire, sur son cocontractant. Elle vise à établir une règle du jeu claire pour tous, ce qui nous semble important eu égard aux conséquences lourdes qui y sont attachées et à la poursuite, le cas échéant, de leur débat devant le juge.

Par ces motifs, nous concluons sur le n° 417752 :

- au rejet du pourvoi
- à ce que la somme de 3 000 euros soit mise à la charge de l'établissement Paris la Défense au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative
- au rejet des conclusions présentées au même titre par l'établissement Paris la Défense.