N°s 425993,428251

Société Bonaud

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 25 mai 2020

Lecture du 10 juin 2020

Conclusions

Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Les pourvois qui viennent d'être appelés vous conduiront à préciser l'interprétation du CCAG Travaux en cas d'absence d'établissement du décompte général du marché par le maître d'ouvrage.

1. La commune d'Hérouville-Saint-Clair a lancé une opération de travaux pour la construction d'un pôle éducatif. Le marché était composé de 21 lots, dont le lot n° 13 « revêtement de sols souples », confié à la société Bonaud, pour un montant d'un peu plus de 140 000 euros HT. Ce marché était soumis au CCAG travaux dans sa version issue de l'arrêté du 8 septembre 2009.

Les travaux n'ont pas été réceptionnés. La société Bonaud a adressé un projet de décompte final au maître d'ouvrage. Mais les parties n'ont pas trouvé d'accord sur le paiement d'une partie des travaux réalisés. La société Bonaud a alors adressé à la commune une mise en demeure de lui notifier un décompte général et définitif et un état de solde et de procéder au paiement de la somme de 21 000 euros environ à son profit.

En l'absence de réponse de la commune dans le délai imparti de trente jours, la société Bonaud a saisi le tribunal administratif de Caen à deux titres :

- d'une part, elle lui a demandé d'enjoindre à la commune d'établir le décompte général du marché,
- d'autre part, elle a saisi le juge des référés, sur le fondement de l'article R. 541-1 du code de justice administrative, d'une demande tendant à la condamnation de la commune à lui verser, à titre de provision, la somme de 21 000 euros.

Toutefois, par un ordre de service du 18 avril 2014, la commune a notifié à la société Bonaud le décompte général du marché.

La société s'est alors désistée de sa première demande d'injonction. Mais le décompte général reçu faisant apparaître un solde en sa défaveur (d'environ 5200 euros), elle a transmis à la commune un mémoire en réclamation contestant ce décompte. La commune n'y a pas répondu.

La société a donc maintenu sa deuxième demande adressée au juge, à titre de provision. Mais le juge des référés du tribunal administratif l'a rejetée, au motif que la créance dont elle se prévalait ne pouvait être regardée comme non sérieusement contestable. Le juge des référés de la cour administrative d'appel de Nantes a rejeté l'appel contre cette ordonnance.

La société Bonaud a alors saisi le tribunal administratif d'une demande au fond, tendant à ce que la commune soit condamnée à lui verser la somme de 21 000 euros au titre du solde du marché. Le tribunal administratif a rejeté sa demande, en estimant qu'elle n'était pas recevable car elle n'avait pas été déposée dans le délai de six mois à compter du mémoire en réclamation du 2 mai 2014. La cour administrative d'appel de Nantes a rejeté l'appel contre ce jugement et vous êtes saisis de cet arrêt (sous le n° 425993).

Par ailleurs, la société a également saisi le tribunal administratif de Caen d'une demande tendant à l'annulation d'un avis de paiement émis à son encontre par la trésorerie d'Hérouville-Saint-Clair. Le tribunal administratif a rejeté cette demande pour le même motif (irrecevabilité du fait qu'elle n'a pas été déposée dans le délai de 6 mois à compter du mémoire en réclamation) et la cour administrative d'appel a rejeté l'appel. Vous êtes également saisis de cet arrêt (sous le n° 428251), mais son sort est directement lié à ce que vous jugerez sur le premier pourvoi.

2. Comme l'ont souligné avant nous plusieurs rapporteurs publics, la lecture de certaines stipulations du CCAG Travaux n'est pas d'une limpidité évidente.

Cette complexité a été atténuée par la version issue de l'arrêté du 3 mars 2014, qui a notamment créé un mécanisme permettant de déboucher sur un décompte général et définitif tacite.

L'établissement du décompte général et définitif passe, en principe, par trois grandes étapes, en application de l'article 13.3 du CCAG Travaux de 2009 :

- l'entreprise établit un projet de décompte final,
- le décompte général est, sur cette base, réalisé par le maître d'ouvrage¹
- ce décompte général est signé par l'entreprise, auquel cas il devient le décompte général et définitif, sauf s'il fait l'objet d'une réclamation.

Si la deuxième étape ne se réalise pas, c'est-à-dire si le maître d'ouvrage ne réagit pas à la réception du projet de décompte final, l'entreprise doit disposer d'une issue procédurale lui permettant de faire face à cette inertie.

Le CCAG Travaux de 2009 a repris à son article 13.4.2 des règles que votre jurisprudence avait dégagées afin de répondre à cette situation de blocage tenant à l'absence d'établissement du décompte par le maître d'ouvrage.

¹ Le projet de décompte général comprend, en application de l'article 13.4.1 : le décompte final, l'état du solde et la récapitulation des acomptes mensuels et du solde

Vous jugiez déjà, en effet, que dans cette hypothèse, l'entreprise doit le mettre en demeure avant de saisir le juge (20 décembre 1989, Gabrion, n° 77564, aux Tables² ; 29 décembre 2004, Société Sogea Construction, n° 244378 ; 14 mai 2008, Société CSM Bessac, n° 288622, aux Tables).

Vous aviez également jugé que cette mise en demeure devait être assimilée à un mémoire de réclamation au sens de l'article 50. 22 du CCAG (alors de 1976), impliquant ensuite un délai de 3 mois avant de pouvoir saisir le juge par application de l'article 50.31 (8 août 2008, Société Bleu Azur, n° 290051, aux Tables, conclusions B. Dacosta).

Depuis 2009, la règle imposant la mise en demeure est fixée par le CCAG Travaux et un délai – de 30 jours – est fixé directement, sans besoin de passer par la notion de mémoire de réclamation.

L'article 13.4.2 prévoit que le projet de décompte général est signé par le représentant du pouvoir adjudicateur et devient alors le décompte général. Le pouvoir adjudicateur notifie au titulaire le décompte général³ dans un certain délai. L'article prévoit ensuite que « *Si le représentant du pouvoir adjudicateur ne notifie pas au titulaire, [dans les délais prévus], le décompte général signé, celui-ci adresse une mise en demeure d'y procéder. L'absence de notification au titulaire du décompte général signé par le représentant du pouvoir adjudicateur, dans un délai de trente jours à compter de la réception de la mise en demeure, autorise le titulaire à saisir le tribunal administratif compétent en cas de désaccord. / Si le décompte général est notifié au titulaire postérieurement à la saisine du tribunal administratif, le titulaire n'est pas tenu, en cas de désaccord, de présenter le mémoire en réclamation mentionné à l'article 50.1.1. ».*

Vous aviez également jugé, par la décision Société Bleu Azur précitée, que l'intervention du décompte général avant l'expiration du délai - au terme duquel l'entreprise peut saisir le juge en l'absence de décompte après sa réclamation - entraînait un non-lieu à statuer, alors que cette intervention après l'expiration du délai ne permettait pas de prononcer un non-lieu.

Vous avez confirmé cette solution après le CCAG de 2009, s'agissant d'un marché de fournitures courantes et de services (4 mai 2011, Société Coved, n° 322337, aux Tables). Dans ses conclusions sur cette décision, Bertrand Dacosta souligne, de façon plus générale, qu'« *Il s'agit, en particulier, d'éviter que ne soit soumise au juge une question sur laquelle le maître d'ouvrage n'aurait pas été mis à même de se prononcer dans une phase préalable à l'engagement du contentieux. Vous n'allez cependant pas jusqu'à interpréter ces textes*

² Dans le cas où le maître de l'ouvrage n'établit pas le décompte général et définitif, il appartient à l'entrepreneur, avant de saisir le juge, de mettre celui-ci en demeure d'y procéder.

³ *avant la plus tardive des deux dates ci-après : quarante jours après la date de remise au maître d'œuvre du projet de décompte final par le titulaire ; douze jours après la publication de l'index de référence permettant la révision du solde.*

comme imposant au cocontractant le respect d'exigences qui, dans certaines configurations procédurales, se révéleraient totalement artificielles ».

3. Comment articuler ces règles procédurales avec celles du code de justice administrative relatives au référé provision ?

L'article R. 541-1 du CJA prévoit quant à lui que « *Le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. (...) ».*

Le référé-provision relevait initialement « de la catégorie des procédures d'attente »⁴, sa recevabilité étant subordonnée à l'exercice d'un recours au fond. Ce n'est plus le cas depuis 2000 : il est recevable même sans recours au fond, ce qui en fait une « procédure substantielle ».

Ainsi que vous l'avez jugé avec la décision de Section SARL Grey Diffusion c/ Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie (10 juillet 2002, n° 244411), « l'objet du référé-provision organisé par l'article R. 541-1 est de permettre le versement rapide d'une provision, assortie le cas échéant d'une garantie, dans les cas où la créance invoquée par le demandeur n'apparaît pas sérieusement contestable ». La provision peut correspondre à tout ou partie du montant de la créance.

Vous avez déjà eu à combiner la portée des stipulations du CCAG Travaux avec les dispositions de l'article R. 541-1 du CJA. Avec la décision Société tahitienne de construction (27 janvier 2017, n° 396404), vous avez dégagé, s'agissant des stipulations de l'article 7.2.3 du CCAG Travaux applicable en Polynésie française, dont la rédaction est comparable à celle de l'article 50.3.2. du CCAG Travaux applicable en métropole, deux points :

- d'une part, le titulaire du marché n'est pas tenu de saisir le juge du contrat d'une demande au fond lorsqu'il saisit le juge du référé provision,
- d'autre part, la saisine du juge du référé provision doit être regardée comme la saisine du TA compétent au sens de l'article 7.2.3 du CCAG.

Cette solution n'était pas si évidente, car la demande de provision n'a pas exactement le même objet que la demande au fond. Mais elle est clairement expliquée par Gilles Pellissier dans ses conclusions sur cette décision : « *A la différence du référé expertise⁵ dont il ne fait guère de doutes qu'il n'a pas pour objet ni pour effet de saisir la juridiction d'une réclamation, c'est-à-dire une demande tendant à obtenir la condamnation d'une autre personne à exécuter une obligation, en l'occurrence contractuelle, le référé provision a bien un tel objet ».*

⁴ *Contentieux administratif*, Mattias Guyomar et Bertrand Seiller, Dalloz

⁵ Voir sur le référé expertise : 18 septembre 2015, sté Avena BTP, n° 384523

Cette solution dégagée s'agissant de l'article 50 est-elle transposable pour l'article 13.4.2 ? Autrement dit, ce qui a été dégagé en cas de différend sur le décompte vaut-il en cas d'absence de décompte ?

La saisine du tribunal compétent au sens de l'article 13.4.2 vise à demander au juge d'établir le décompte en l'absence d'élaboration de celui-ci par le maître d'ouvrage. La saisine du juge du référé provision vise, quant à elle, à ce que le maître d'ouvrage soit condamné à lui verser la somme supposément due au titre du solde du marché. Les deux finalités ne se recoupent pas totalement. Pour autant, elles reviennent bien à demander au juge d'établir le décompte.

Quel serait l'intérêt de dégager une solution plus stricte et d'estimer que dans un tel cas, la saisine du juge du référé provision ne vaudrait pas saisine du tribunal compétent ? Nous peinons à le voir, sauf à imposer une contrainte « artificielle », pour reprendre les termes de Bertrand Dacosta dans ses conclusions précitées.

Si le maître d'ouvrage ne répond pas - dans le délai de 30 jours - à la mise en demeure d'établir le décompte général, le titulaire du marché peut saisir le tribunal d'une demande visant à obtenir le paiement des sommes qu'il estime lui être dues. Et s'il a saisi le juge du référé provision, c'est bien en vue de l'établissement du décompte et du versement d'une somme, partielle ou totale, correspondant au solde en résultant. C'est donc devant le juge que le litige peut et doit désormais se nouer. Faire fi de cette saisine du juge du référé provision revient à opposer des irrecevabilités trop formelles ou des contraintes procédurales inutiles.

L'évolution du référé-provision nous semble, à cet égard, déterminante : c'est bien parce qu'il est devenu une procédure substantielle, non dépendante d'un autre recours au fond, et parce qu'il est susceptible de clore définitivement le litige, que nous pensons que cette solution peut être retenue.

Nous vous proposons donc de retenir que la saisine du juge du référé provision de conclusions tendant au règlement du solde du marché – ou à une partie de celui-ci – doit être regardée comme la saisine du tribunal administratif compétent au sens de l'article 13.4.2 du CCAG travaux.

4. En l'espèce, la cour a jugé que « compte tenu de son objet, la saisine du juge des référés (...) ne [pouvait] être regardée comme la saisine du tribunal administratif compétent, au sens de l'article 13.4.2 (...), aux fins d'établissement d'un décompte général. ». Elle a donc, si vous nous suivez, commis une erreur de droit.

La lecture de l'arrêt n'est pas évidente : si la cour a statué ainsi, c'est peut-être parce qu'elle a estimé que le juge ne pouvait être saisi, à ce stade, que d'une demande d'injonction tendant à ce que le pouvoir adjudicateur établisse le décompte. Sa formule « aux fins d'établissement d'un décompte général » est en effet ambiguë. Si elle a estimé que le juge ne pouvait que prononcer une injonction et non établir lui-même le décompte, alors on comprend qu'elle ait estimé que l'office du juge du référé provision ne répondait pas à cet objet. Mais ce faisant, elle a alors commis une autre erreur d'interprétation du CCAG. Car cantonner ainsi le rôle du

juge ne se déduit pas des stipulations précitées et imposer au juge une demande formelle préalable d'établissement du décompte conduirait à ajouter un nouveau délai, sans utilité avérée.

Vous pourrez donc préciser que lorsque le pouvoir adjudicateur, après une mise en demeure, s'abstient d'établir le décompte général dans le délai imparti, le titulaire du marché peut saisir le juge d'une demande visant à obtenir le paiement des sommes qu'il estime lui être dues au titre du solde du marché, et non seulement à prononcer une injonction en vue de l'élaboration de ce décompte.

Enfin, la cour a ensuite estimé que dès lors que la société n'avait pas respecté les stipulations de l'article 13.4.2, il convenait de faire application de l'article 50.3.2, relatif aux réclamations auxquelles a donné lieu le décompte général établi. Elle a ainsi commis une autre erreur de droit en estimant que cet article était applicable en l'espèce.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation des arrêts du 5 octobre 2018 et du 21 décembre 2018
- à ce que la commune d'Hérouville-Saint-Clair verse à la société Bonaud une somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA (du fait des deux pourvois).