

N° 428844
Régie des transports métropolitains

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 9 novembre 2020
Lecture du 20 novembre 2020

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

La question posée par le pourvoi qui vient d'être appelé présente essentiellement un intérêt historique, du fait de l'évolution du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics industriels, mais elle revêt une certaine importance pratique : le pouvoir adjudicateur est-il tenu de réaliser un décompte spécifique relatif aux pénalités de retard ?

1. En 2001, au terme d'une procédure d'appel d'offres sur performances, la RTM (Régie des transports de Marseille, devenue Régie des transports métropolitains, établissement public industriel et commercial, en charge des transports au sein de l'agglomération marseillaise) a confié à un groupement d'entreprises composé de la société Alcatel CGA Transports (devenue Thales Communication & Security), mandataire, et des sociétés SLE et SNEF le lot n° 1 d'un marché public industriel portant sur « la conception, le développement, le déploiement et la maintenance d'un outil informatique intégré de gestion de la sécurité, d'exploitation et d'information des voyageurs de la flotte d'autobus de la régie des transports de Marseille ».

Ce marché s'insérait dans un projet dénommé « Localisation, Radio, Exploitation, Informations Voyageurs » (LOREIV), destiné à garantir une plus grande sécurité des usagers et des agents de l'établissement, à assurer une meilleure régulation des lignes d'autobus et à offrir aux usagers un réseau public de transport présentant un niveau accru de qualité et de disponibilité, complété par une information fiable en temps réel. Il correspondait à un montant de plus de 10 millions d'euros.

Les travaux ont été réceptionnés en 2007. Mais différents retards étant intervenus, ainsi que des désaccords entre les parties, un expert a été désigné en 2009 par le juge des référés du tribunal administratif de Marseille, sur demande de la RTM. Son rapport a été rendu en 2011. Sans attendre, le groupement d'entreprises a, en juillet 2009, adressé son projet de décompte final à la RTM. Celle-ci a quant à elle communiqué, par la suite, le solde comptable du marché au mandataire et l'a notamment informé de son intention de déduire d'éventuelles pénalités de retard et indemnités à son profit à l'issue de l'expertise en cours.

Le mandataire a présenté un mémoire en réclamation, qui a été rejeté. Les deux parties ont alors saisi le tribunal administratif de Marseille, qui a rejeté les requêtes. La cour administrative d'appel de Marseille a annulé ce jugement en tant qu'il a rejeté les demandes des entreprises et a condamné la RTM à leur verser différentes sommes.

La RTM a formé un pourvoi en cassation, que vous n'avez admis que partiellement, par une décision du 20 décembre 2019, en tant que l'arrêt attaqué statue sur ses conclusions relatives aux pénalités de retard. Deux pourvois incidents ont, par ailleurs, été présentés par la SNEF et Thales.

2. La RTM soutient que la cour a commis une erreur de droit en rejetant comme irrecevables ses conclusions tendant au versement de pénalités de retard par le titulaire du marché, au motif qu'elle ne lui avait pas préalablement notifié le décompte spécifique des pénalités de retard prévu par l'article 26.3 du CCAG.

Vous exercerez effectivement un contrôle d'erreur de droit sur l'interprétation par les juges du fond des stipulations d'un CCAG (Section, 27 mars 1998, Société d'assurances La Nantaise et l'Angevaine réunies, n° 144240).

Vous n'avez guère eu à vous pencher sur la procédure de contestation d'un décompte en matière de marchés publics industriels.

L'article 26.3 du CCAG-MI prévoit que « *le décompte des pénalités est notifié au titulaire qui est admis à présenter ses observations à la personne responsable du marché dans un délai d'un mois à compter de la notification de ce décompte. / Passé ce délai d'un mois, le titulaire est réputé avoir accepté les pénalités* ». Cette procédure particulière, prévue dans la version du CCGA-MI applicable en l'espèce, issue du décret n° 80-809 du 14 octobre 1980, n'existe plus dans la nouvelle version définie par l'arrêté du 16 septembre 2009. Elle ne figure par ailleurs pas dans le CCAG Travaux.

Par ailleurs, les modalités d'élaboration et de contestation du décompte *général* (qualifié seulement de décompte dans ce CCAG) figurent quant à elles à son article 11.3, en ces termes : « *A l'occasion de la notification d'un décompte pour solde ou pour paiement partiel définitif, le titulaire n'est admis à présenter aucune réclamation sur les pénalités, sur les révisions ou actualisation de prix pour lesquelles il a donné son acceptation ou qu'il est réputé avoir acceptées à l'occasion de la notification des décomptes antérieurs* ».

Faut-il y voir une dualité de procédures étanches, avec d'un côté la procédure propre aux pénalités, de l'autre celle relative au décompte ?

Même si les textes ne sont, à dire vrai, pas limpides quant à l'articulation des procédures, nous n'en faisons pas la même lecture que la cour, et ce non pas au nom du principe d'unicité du décompte, car il est susceptible de dérogations contractuelles, mais pour trois raisons, à la fois textuelles et pragmatiques.

Premièrement, le CCAG ne conduit pas, selon nous, à une obligation pour le pouvoir adjudicateur de présenter les pénalités de retard dans le cadre d'un décompte spécifique.

L'article 11.32 précité, relatif au décompte général, ne prévoit pas que le titulaire ne peut faire aucune réclamation sur les pénalités. Il indique seulement qu'il ne peut le faire s'agissant de pénalités qu'il a acceptées ou qu'il est réputé avoir acceptées à l'occasion de décomptes antérieurs. Autrement dit, à défaut d'avoir contesté au préalable un éventuel décompte sur les pénalités, il est réputé l'avoir accepté. Cela ne signifie pas qu'il existe nécessairement un décompte spécifique sur les pénalités et que ces dernières ne peuvent pas être intégrées directement dans le décompte général.

La procédure est ainsi la suivante : pour l'élaboration du décompte général, le titulaire adresse un projet de décompte au pouvoir adjudicateur, celui-ci arrête le décompte – en y intégrant les pénalités de retard, qu'elles aient ou non fait l'objet d'un décompte séparé préalable – et le notifie au titulaire. Celui-ci dispose alors d'un délai de 45 jours pour présenter un mémoire en réclamation, dans lequel il peut contester les pénalités de retard s'il ne les a pas déjà acceptées. A défaut de mémoire en réclamation, le décompte devient définitif, sauf en ce qui concerne les intérêts moratoires, comme cela est expressément prévu. Et en cas de mémoire en réclamation présenté, le défaut de réponse dans un délai de deux mois vaut rejet.

Deuxièmement, la solution retenue par la cour alourdirait considérablement les procédures.

L'article 26.3 permet au pouvoir adjudicateur de rendre définitives, avant l'établissement du décompte général, les pénalités de retard qu'il a notifiées, le cas échéant, dans un décompte ad hoc en cours d'exécution du marché. Il donne ainsi aux parties la possibilité d'un échange spécifique, à un stade amont, mais il ne constitue pas pour autant une obligation que le pouvoir adjudicateur serait tenu de respecter.

Retenir la solution inverse pourrait conduire à des situations qui, à défaut d'être inextricables, seraient pour le moins complexes. Ainsi, si le titulaire du marché envoyait son projet de décompte avant que lui ait été notifié le décompte propre aux pénalités de retard, le pouvoir adjudicateur devrait alors surseoir à la notification du décompte général pour avoir le temps de notifier le décompte de pénalités. Il ne transmettrait alors le décompte général qu'après le déroulement de la procédure spéciale, en retardant inutilement la finalisation de la procédure.

Troisièmement, la solution inverse consistant en la disjonction de deux décomptes obligatoires ne présente pas de garanties supérieures pour le titulaire du marché. S'agissant du décompte des pénalités, il dispose d'un mois pour réagir, alors que le délai est de 45 jours pour le décompte général.

Ajoutons, même si cela ne peut être que confortatif, que cette procédure spécifique a disparu dans les nouveaux CCAG-Marchés industriels et CCAG –Prestations intellectuelles et qu'elle n'est pas présente dans le CCAG Travaux.

La cour a donc commis une erreur de droit en retenant que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas exiger de pénalités de retard s'il n'avait pas mis en œuvre préalablement la procédure spéciale prévue par l'article 26.3, dont la cour a fait une obligation. Et vous ne pourrez pas

procéder à la substitution de motifs demandée par Thales, qui suppose une appréciation factuelle.

Précisons qu'en l'espèce, outre le fait qu'aucun décompte de pénalités de retard n'avait été établi par la RTM - ce que nous pensons donc possible pour les raisons déjà indiquées - il n'y a pas non plus eu de décompte général. En effet, le groupement a notifié son projet de décompte alors que l'expertise sur les défaillances demandées par la RTM était en cours. Celle-ci a adressé, en retour, une « situation comptable du marché » au mandataire et l'a notamment informé de son intention de déduire d'éventuelles pénalités de retard et indemnités à son profit à l'issue de l'expertise alors en cours. Le mandataire a présenté un mémoire en réclamation, qui a été rejeté. Les deux parties ont alors saisi le juge.

En l'absence de décompte général, la RTM était en droit de réclamer le paiement de ses créances d'origine contractuelle devant le juge, même si elle avait également la faculté d'émettre un titre exécutoire pour les recouvrer (voir en dernier lieu : 27 mars 2020, Société Lacroix Signalisation, n° 421758, au Recueil¹). Elle n'avait donc ni à passer obligatoirement par la procédure du décompte spécial, ni à attendre un certain délai puisque l'article 26.1 du CGAG-MI précise que « dans le silence du marché, lorsque le délai contractuel (...) est dépassé, le titulaire encourt sans mise en demeure préalable une pénalité » calculée selon la formule indiquée.

Cette solution rejoint d'ailleurs d'une certaine façon la préoccupation qui vous a guidée dans votre récente décision *Commune d'Antibes* (12 octobre 2020, n° 431903 et autres, aux Tables) afin de permettre la conduite efficace de l'exécution du contrat par la personne publique. Celle-ci doit pouvoir, sans frein excessif, faire application des stipulations relatives aux sanctions ou pénalités, qui n'ont pas une portée seulement punitive, mais aussi incitative, et visent à ce que le titulaire réagisse en exécutant correctement le contrat. Vous avez, dans cette décision, retenu que si la personne publique devait respecter, le cas échéant, la procédure contradictoire relative aux sanctions prévue par le contrat, elle n'est, en revanche, pas tenue de mettre en oeuvre, au surplus, la procédure de conciliation applicable aux différends, y compris pour l'émission du titre correspondant à la pénalité.

3. Les pourvois incidents ne vous retiendront pas sur le fond, étant précisé que nous estimons, malgré les arguments développés en sens inverse, qu'ils sont recevables.

Il est exact qu'ils ne contestent pas l'arrêt en tant qu'il a statué sur les pénalités de retard, mais portent, plus largement, sur l'imputabilité des fautes commises par la RTM dans le cadre de l'exécution du marché.

¹ si une personne publique est, en principe, irrecevable à demander au juge administratif de prononcer une mesure qu'elle a le pouvoir de prendre, la faculté d'émettre un titre exécutoire dont elle dispose ne fait pas obstacle, lorsque la créance trouve son origine dans un contrat, à ce qu'elle saisisse le juge d'administratif d'une demande tendant à son recouvrement

De façon générale, la recevabilité d'un pourvoi incident suppose d'apprécier s'il soulève ou non un « litige distinct » du pourvoi principal. Vous avez déjà jugé que l'admission partielle du pourvoi principal n'avait pas pour effet, sous cette condition, de restreindre par elle-même la recevabilité des conclusions incidentes (25 janvier 2016, Polynésie française n° 384414, aux Tables).

Dans cette décision, vous avez ainsi admis la recevabilité de conclusions incidentes critiquant la décision d'appel en tant qu'elle statuait sur la part de responsabilité du maître d'ouvrage alors que l'admission du pourvoi principal était limitée à la question de l'évaluation du montant du préjudice.

Dit autrement, le pourvoi incident ne doit simplement pas porter sur un litige distinct de celui qui résulte de l'admission partielle du pourvoi principal, avec une appréciation assez souple de la notion de litige distinct, en tout cas plus large que celle résultant du champ strict des conclusions soulevées, et ce notamment en matière contractuelle dès lors que sont en présence des moyens relatifs à l'exécution d'un même contrat (16 décembre 2015, Société Ruiz, n° 373509, au Recueil). Ainsi, s'agissant d'un appel incident, vous jugé que des conclusions incidentes portant sur des chefs de préjudice distincts mais se rattachant à l'exécution d'une même mission confiée par un même contrat ne constituaient pas un litige distinct (3 mars 2010, Office public communal d'habitations à loyers modérés de Toulon, n° 316515, aux Tables).

Et tel est selon nous le cas en l'espèce : il nous semblerait excessivement restrictif d'estimer que la question de la détermination des responsabilités respectives quant aux désaccords et aux retards intervenus dans l'exécution du marché constituerait un litige distinct de celui qui est relatif à l'application des pénalités de retard.

Ceci étant précisé, sur le fond, aucun des moyens soulevés par ces pourvois incidents n'est fondé :

- La cour a apprécié souverainement les pièces en estimant que la lettre de la RTM en réponse au projet de décompte final ne valait pas décompte général, sans qu'il y ait prise à erreur de droit sur ce point, eu égard aux éléments contenus dans ce document, mettant en avant son caractère de réponse d'attente.
- Elle a par ailleurs, de façon suffisamment motivée et sans erreur de droit, retenu une évaluation du préjudice subi par RTM au titre de la mauvaise exécution du marché à hauteur de 30 000 euros.
- Elle ne s'est pas méprise sur la portée des écritures et n'a pas dénaturé les pièces du dossier, en estimant de façon suffisamment motivée, que les retards dans l'exécution du marché ne constituaient pas un bouleversement de l'économie du contrat.
- Elle n'a par ailleurs commis ni erreur de droit, ni erreur de qualification juridique en écartant l'existence de fautes de la RTM s'agissant des véhicules à équiper, au regard des obligations contractuelles qui étaient les siennes.
- Elle n'a, enfin, pas dénaturé les faits en relevant que certains travaux n'excédaient pas les prévisions contractuelles et ne justifiaient donc pas le paiement de prestations supplémentaires.

Par ces motifs, nous concluons :

- A l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il statue sur les conclusions de la RTM tendant au paiement des pénalités de retard
- Au renvoi de l'affaire, dans cette mesure, à la CAA de Marseille
- Au rejet des pourvois incidents des sociétés Thalès Six GTS France et SNEF et de leurs conclusions présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative
- A ce que les sociétés Thalès Six GTS France et SNEF versent chacune la somme de 1 500 euros à la RTM au même titre.