

N° 433386

Société Treuils et Grues Labor

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 9 décembre 2020

Lecture du 18 décembre 2020

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Le pourvoi qui vient d'être appelé vous permettra d'apporter des précisions relatives, à la résiliation aux torts exclusifs du titulaire du marché en cas de faute grave, ainsi qu'aux conditions et conséquences du recours à des marchés de substitution.

1. En janvier 2004, la chambre de commerce et d'industrie (CCI) du Pays de Saint-Malo - aux droits de laquelle est venue la CCI d'Ille-et-Villaine - a confié à la société Treuils et Grues Labor un marché portant sur la fourniture et la mise en service d'une grue automobile portuaire à câbles pour un montant de 687 000 euros (HT). Cette grue devait être livrée dans un délai de 10 mois. Sa réception provisoire avec réserves a finalement eu lieu en avril 2017, soit plus de trois ans après.

La CCI a adressé plusieurs mises en demeure à la société, afin qu'elle remédie aux dysfonctionnements, mais elles sont restées infructueuses. Elle a donc décidé de faire procéder à l'exécution du marché à ses frais et risques par un autre prestataire. Elle a conclu, en ce sens, un marché avec la société In Situ, portant sur une mission d'expertise technique de la grue. Puis, sur la base du rapport remis par cette société, proposant des modifications à apporter à la grue pour que sa mise en service soit possible, elle a conclu un marché portant sur des travaux de remise en état de fonctionnement¹. Mais malgré différentes tentatives, la grue n'a jamais fonctionné.

Par une décision du 4 janvier 2012, la CCI a alors procédé à la résiliation pour faute du marché passé avec la société Treuils et Grues Labor.

La CCI a saisi le tribunal administratif de Rennes, qui a rejeté sa demande dite de résolution (tendant à l'annulation) du marché et condamné la société Treuils et Grues Labor à indemniser la CCI à hauteur de plus de 200 000 euros, au titre des dépenses engagées par elle pour les marchés de substitution. La cour administrative d'appel de Nantes, saisie d'un appel et d'un appel incident, a augmenté ce montant à hauteur de plus de 900 000 euros, en tenant compte non seulement des marchés de substitution comme le tribunal administratif, mais aussi du coût du marché initial, autrement dit du prix de la grue.

¹ avec deux lots, attribués aux sociétés Saint-Malo Hydraulique d'une part, et Ascorel d'autre part

La société Treuils et Grues Labor se pourvoit en cassation contre cet arrêt. Elle développe devant vous sept moyens, autour de deux grandes questions.

2. La première concerne la résiliation aux torts exclusifs du titulaire du marché.

a) Même « en l'absence de clause prévue à cet effet », vous retenez que l'acheteur public peut procéder à la résiliation d'un marché public aux torts exclusifs du titulaire, en cas de faute d'une gravité suffisante (26 février 2014, Société Environnement services et communauté d'agglomération du pays ajaccien, n° 365546, aux Tables).

Vous exercez en cassation un contrôle de qualification juridique sur l'appréciation portée par les juges du fond sur le point de savoir si le titulaire a commis une faute suffisamment grave pour justifier, en l'absence de clause contractuelle prévue à cet effet, la résiliation du marché à ses torts exclusifs (même décision).

Qu'en est-il lorsque le contrat énumère des cas de résiliation aux torts exclusifs pour des motifs précisément énumérés ? L'acheteur public peut-il prononcer la résiliation aux torts exclusifs, en présence d'une faute grave, indépendamment des hypothèses prévues par le contrat ?

La réponse nous semble devoir être positive pour deux raisons.

La première tient à la lecture de votre jurisprudence. Nous ne lisons pas les termes « en l'absence de clause prévue à cet effet » comme signifiant que vous avez entendu viser seulement les contrats muets sur ce point. Il s'agit de considérer que même en l'absence de clause, ou indépendamment de clauses éventuelles, la résiliation aux torts exclusifs est toujours possible en cas de faute d'une gravité suffisante de la part du titulaire.

La seconde est davantage fondée sur des considérations d'opportunité. Cette lecture combinée de votre jurisprudence et d'éventuelles stipulations nous paraît être, à vrai dire, la seule à même de permettre à l'acheteur public de tirer pleinement les conséquences d'une défaillance grave du titulaire. La solution contraire, défendue par le pourvoi, ne nous paraît pas envisageable : elle empêcherait l'acheteur public, malgré une faute grave, de résilier le marché au seul motif que des clauses auraient prévu d'autres hypothèses de résiliation.

Dans le même esprit, vous avez jugé que la mise en régie était une faculté existant même dans le silence du contrat et que cette règle revêtait le caractère d'une règle d'ordre public, à laquelle les personnes publiques ne peuvent légalement renoncer (Assemblée, 9 novembre 2016, Fosmax, n° 388806, au Recueil).

Cette décision concerne certes les marchés de travaux et souligne l'intérêt général lié à la réalisation d'un ouvrage public, mais ce qu'elle a jugé s'agissant des pouvoirs de l'acheteur public en cas de faute grave du titulaire nous semble transposable aux marchés de fournitures et de services, comme en l'espèce.

Dans ses conclusions, Gilles Pellissier souligne que la faculté de mettre en régie « *constitue une garantie de la bonne exécution des contrats administratifs de la commande publique, par lesquels les personnes publiques obtiennent les moyens leur permettant d'exercer leurs missions de service public* ». Et il précise : « *Non seulement cette faculté doit toujours (...) être reconnue [au maître d'ouvrage] dans le silence du contrat, mais toute clause du contrat qui l'en priverait ou en limiterait l'exercice serait illicite et devrait être écartée par le juge du contrat (...)* ».

Nous pensons donc que cette faculté de résiliation pour faute d'une gravité suffisante s'applique indépendamment de l'existence éventuelle de stipulations contractuelles sur la résiliation aux torts exclusifs déterminant des hypothèses même présentées comme limitativement énumérées². Autrement dit, le pouvoir adjudicateur peut toujours résilier aux torts exclusifs en cas de faute d'une gravité suffisante, que les clauses ne disent rien ou que ce qu'elles énumèrent, de façon nécessairement assez générale, ne corresponde pas à la situation en cause.

En l'espèce, l'article 28.1 du CCAG prévoit différents cas de résiliation aux torts du titulaire. Et il prévoit à son point f que tel est le cas « lorsque le titulaire ne s'est pas acquitté de ses obligations dans les délais prévus ». Le tribunal administratif de Rennes a cité ces stipulations, mais a estimé que certaines conditions n'étaient pas remplies. Mais il a retenu que la société avait commis une faute grave, justifiant, indépendamment de ces clauses, la résiliation.

L'arrêt attaqué est à vrai dire moins clair, car il indique seulement, sans se référer aux stipulations contractuelles : « en l'absence de clause prévue à cet effet, seule une faute d'une gravité suffisante est de nature à justifier la résiliation d'un marché public aux torts exclusifs de son titulaire ».

On peut sans doute le lire de trois façons :

- soit la cour a voulu évoquer l'absence de toute clause sur la résiliation, ce qui est alors erroné, puisque des clauses existent, mais est sans incidence puisque la faculté de résilier existait en cas de faute grave ;
- soit la cour a voulu évoquer l'absence de clause plus précisément relative à une faute grave, ce qui est alors pour partie inexact car certains critères peuvent rejoindre cette notion, mais c'est également sans incidence ;
- soit la cour n'a fait que rappeler la règle jurisprudentielle générale, dont l'idée est que même en l'absence de clause, la résiliation pour faute est toujours possible, et le moyen d'erreur de droit manque alors en fait puisque la cour n'a pas entendu dire autre chose que cela et n'a pas estimé qu'il n'existait aucune clause contractuelle en l'espèce.

² Ainsi que le soulignent Laurent Richer et François Lichère : « quand le contrat énumère les motifs de résiliation, le juge considère que la liste n'est pas exhaustive » (Droit des contrats administratifs, 11^{ème} éd, p. 246, n° 508)

C'est à notre sens cette troisième lecture qu'il convient de retenir. La rédaction de l'arrêt étant ambiguë et pouvant tout de même laisser penser qu'elle s'est placée dans l'hypothèse d'absence de clause, là où il en existait, nous vous proposons de retenir que ce moyen est en tout état de cause, sans incidence sur ce qu'elle a jugé en validant, à juste titre, la possibilité pour l'acheteur public de procéder à une résiliation en cas de faute grave, y compris non prévue au contrat.

Est également sans incidence, pour la même raison, la circonstance que la cour ait écarté le moyen tiré de ce que les conditions prévues par le CCAG de 2009 n'étaient pas réunies sans rechercher si celles prévues par le CCAG de 1977 applicables au marché l'étaient.

Précisons que cette résiliation pour faute grave, indépendamment des motifs prévus au contrat, pose une question intéressante, qui ne fait toutefois pas l'objet d'un moyen présenté devant vous, à savoir la question du respect des règles procédurales prévues par le contrat. Celles-ci nous semblent devoir être respectées dans tous les cas, étant précisé qu'elles reposent essentiellement sur un mécanisme de mise en demeure préalable. Ceci n'est pas sans conséquence, puisque comme vous le savez, le non-respect des règles procédurales fait obstacle à ce que l'entreprise soit condamnée à supporter les conséquences financières de la résiliation, notamment les dépenses supplémentaires liées à l'exécution du nouveau marché (15 novembre 2011, société Axima Concept, n° 356832, aux Tables). Mais il n'est ni soutenu, ni établi devant vous que de telles règles n'auraient, en l'espèce, pas été respectées et il nous semble, en tout état de cause, au regard des pièces du dossier, que la procédure a sans doute été régulière.

b) Les deux autres moyens portant sur la résiliation doivent être écartés.

Il est d'abord soutenu qu'elle ne pouvait résulter des retards de livraison, qui avaient déjà été sanctionnés par des pénalités de retard, sauf à méconnaître le principe du non bis in idem et à indemniser deux fois le même préjudice.

Ce moyen - par ailleurs nouveau en cassation - ne vous arrêtera pas au fond. Les pénalités contractuelles, d'une part, et la résiliation d'autre part, répondent à deux objets différents.

Les premières visent à permettre à l'acheteur public de faire exécuter le marché dans les délais prévus. Elles ne constituent pas un différend, comme vous l'avez récemment rappelé avec la décision Commune d'Antibes³, mais la simple application des stipulations contractuelles. Les retards d'exécution engendrent le plus souvent uniquement des pénalités de retard, mais vous avez déjà connu l'hypothèse d'une résiliation postérieure, ce qui vous a conduit à préciser que les pénalités de retard ne pouvaient être infligées au-delà de la résiliation (21 mars 1986, Meyrignac, n° 46973, aux Tables).

La résiliation, quant à elle, peut certes avoir un lien avec les retards, puisqu'elle peut résulter du constat de retards devenus excessifs, mais l'indemnisation qui en résulte a un autre objet,

³ 12 octobre 2020, Commune d'Antibes, n°s 431903 et suivants, aux Tables

visant à tenir compte de la faute résultant de ces retards et conduisant à mettre un terme au marché.

Au demeurant, en l'espèce, le retard de livraison n'est pas la seule cause de la résiliation puisque ce qui a été livré avec retard ne fonctionnait pas.

La cour n'a donc pas commis d'erreur de droit et nullement méconnu le principe non bis in idem, à supposer qu'il soit opérant en la matière.

Ensuite, s'agissant du bien-fondé même de la résiliation, la cour a suffisamment répondu à l'argumentation de la société. Elle a relevé que la mise en service de la grue n'avait jamais pu intervenir « en raison de vices graves de conception ». Contrairement à ce qui est soutenu, les réserves formulées à la réception portaient aussi sur le fonctionnement même de la grue livrée, en évoquant la nécessité d'essais concluants. La cour a également fait état du rapport d'expertise judiciaire, portant certes sur la grue expertisée, après le travail lié aux marchés de substitution, et non sur la grue initialement livrée, mais c'est précisément pour relever que les défauts constatés « résultent de toute évidence de problèmes de conception ».

Au total, ainsi que le rappelait Gilles Pellissier dans ses conclusions sur la décision Société Environnement services et communauté d'agglomération du pays ajaccien précitée, « *la justification d'une résiliation aux torts exclusifs du cocontractant dépend à la fois de l'importance de l'obligation contractuelle qui a été méconnue, de l'ampleur de l'inexécution et de l'absence d'éléments extérieurs au cocontractant de nature à l'expliquer* ». Et, en l'espèce, nous n'avons guère de doute : outre l'ampleur du retard (trois ans au lieu de dix mois), l'objet même du marché n'a pas été exécuté puisque la grue n'a jamais été en état de fonctionner.

3. Nous en venons à la seconde question intéressante de ce pourvoi, relative au recours aux marchés de substitution et à leurs conséquences.

Le recours à un marché de substitution peut intervenir dans deux hypothèses : soit après la résiliation du marché principal, soit avant même la résiliation, après le constat de l'inexécution d'une prestation du marché principal qui, par sa nature, ne peut souffrir aucun retard (Section, 5 novembre 1982, Société Propétrol, n° 19413). Cette jurisprudence a été prise pour un marché de fourniture conclu sous l'empire d'un CCAG antérieur, mais celui de 1977, applicable en l'espèce, prévoit également en son article 32.1 qu'« Il peut être pourvu, par la personne publique, à l'exécution de la fourniture ou du service aux frais et risques du titulaire soit en cas d'inexécution par ce dernier d'une prestation qui, par sa nature, ne peut souffrir aucun retard, soit si la résiliation du marché prononcée en vertu de l'article 28 prévoit cette mesure ».

Le titulaire défaillant est alors dans l'obligation de supporter les frais résultant du marché de substitution, sauf en cas de faute lourde commise par la personne publique elle-même. Dès lors que vous validez la possibilité d'une résiliation pour faute grave indépendamment des

stipulations contractuelles, la conséquence logique est aussi qu'un marché de substitution peut être engagé pour le même motif. C'est l'esprit de votre jurisprudence Fosmax précitée.

Ceci nous conduit à écarter un premier moyen sur ce point comme inopérant. Il est en effet soutenu que la cour aurait méconnu son office en ne recherchant pas si n'était pas fondé au regard de l'ancien CCAG le moyen tiré de ce que les conditions contractuelles du recours au marché de substitution aux frais et risques du titulaire n'étaient pas satisfaites (la CCI n'ayant pas préalablement résilié le marché aux torts de la société, avant de conclure les marchés de substitution).

La condition de résiliation n'est pas un préalable nécessaire comme nous l'avons rappelé, que ce soit en vertu du CCAG de 1977 ou de celui de 2009, dans des termes très proches. Certes, la cour aurait gagné à ne pas s'arrêter au seul constat que le CCAG invoqué n'était pas le bon. Mais dans l'esprit de votre jurisprudence Cornut relative à l'obligation pour le juge de rechercher les textes applicables (22 octobre 2010, n° 319569, aux Tables), elle était à même de se prononcer en vertu du texte pertinent, d'autant que ces deux CCAG contiennent sur ce point des stipulations similaires.

Toutefois, en lien avec ce que nous avons indiqué s'agissant de la résiliation pour faute grave même sans clause contractuelle en ce sens, la prise en compte ou non de ces stipulations est aussi, en l'espèce, sans incidence sur la faculté de l'acheteur public de conclure un marché de substitution, dès lors que la gravité le justifie.

Un deuxième moyen pose ensuite une question qui n'est pas évidente : la prise en charge par le titulaire défaillant du coût des marchés de substitution est-elle conditionnée au succès de ces marchés ? C'est ce que soutient le pourvoi, qui met en cause l'utilité des dépenses engagées pour les marchés de substitution.

Le titulaire défaillant bénéficie de certaines garanties, notamment la possibilité de vérifier que le nouveau marché a un objet équivalent à celui de l'ancien ou doit permettre de parvenir au même résultat (Section, 28 janvier 1977, *Ministre de l'économie c/ Société Heurtey*, n° 99449, au Recueil), ou encore la nécessité qu'une notification du nouveau marché lui permettant de suivre les travaux (Section, 17 mars 1972, *Dame Figaroli*, n° 76453, au Recueil).

Plus récemment, et dans la même veine, vous avez reconnu un droit de suivi des opérations exécutées dans le cadre d'un marché de substitution, afin de permettre au titulaire initial de veiller à la sauvegarde de ses intérêts (9 juin 2017, *Société Entreprise Morillon Corvol Courbot*, n° 399382, aux Tables), puisque les montants découlant des surcoûts supportés par le maître d'ouvrage en raison de l'achèvement des travaux par un nouvel entrepreneur sont à sa charge.

En revanche, considérer, comme la société requérante, que les frais du marché de substitution ne devraient être à la charge du titulaire défaillant que si le marché de substitution donne satisfaction nous paraît doublement infondé.

D'une part, l'article 32.1 du CCAG FCS de 1977 ne prévoit pas une telle condition. Il suffit donc que les conditions qu'il détermine – c'est-à-dire l'inexécution d'une prestation qui ne peut souffrir aucun retard ou les suites d'une résiliation aux torts - soient remplies pour justifier la passation d'un marché de substitution, avec les conséquences financières qui en résultent pour le titulaire défaillant du marché initial.

D'autre part, il n'y a pas de raison que les dépenses correspondant à des prestations exécutées par le titulaire du marché de substitution soient, in fine, à la charge de la personne publique s'ils ne répondent pas aux objectifs recherchés. En réalité, cette condition de succès n'a pas grand sens. Car de deux choses l'une :

- soit le marché de substitution engendre lui-même des insuffisances, auquel cas le paiement du marché peut le cas échéant en tenir compte (par exemple en déduisant des pénalités) et le titulaire défaillant du premier marché ne prendra à sa charge que ce que la personne publique aura elle-même finalement réglé,

- soit le titulaire du marché de substitution a exercé la prestation demandée, mais est confronté à un problème plus structurel résultant du marché initial qui ne peut être levé, et dans ce cas il est normal que le titulaire défaillant prenne à sa charge les frais du marché de substitution, quand bien même le problème n'aurait pu être résolu.

Le cas d'espèce illustre cette seconde hypothèse : certes la grue n'a jamais fonctionné, y compris après l'exécution des marchés de substitution, du fait des problèmes de conception initial, que les tentatives de résolution n'ont pas réglés. Mais ces marchés de substitution ont bien, en tout état de cause, été exécutés. La cour n'avait donc pas à rechercher si les dépenses résultant de ces marchés avaient été utiles en fin de compte, dès lors qu'ils avaient été rendus nécessaires par la mauvaise exécution du marché initial.

La seule hypothèse dans laquelle cette condition d'utilité devrait peut-être être envisagée serait celle où, à l'évidence, la conclusion de marchés de substitution était par elle-même, dès son lancement, inutile car vouée à l'échec. Mais nous ne voyons pas bien pourquoi l'acheteur public s'acharnerait en ce sens. Le droit de suivi reconnu par votre jurisprudence permet, le cas échéant, de soutenir par exemple que le marché de substitution était dès le départ inutile, qu'il a été conclu à un prix trop élevé, ou qu'il a été exécuté avec des surcoûts injustifiés.

La cour a donc suffisamment motivé son arrêt et n'a pas commis d'erreur de droit en ne recherchant pas si les dépenses correspondant aux marchés de substitution avaient été *in fine* utiles.

Les deux autres moyens relatifs à la question des marchés de substitution peuvent être écartés.

D'abord, la cour n'a nullement méconnu la portée des écritures en relevant que la société ne pouvait se prévaloir des stipulations du CCAG FCS de 2009 car le marché relevait de celui de 1977, puisque dans ses écritures d'appel, la société avait fait expressément référence au CCAG de 2009, comme elle le reconnaît d'ailleurs.

Ensuite, le pourvoi conteste l'indemnisation consistant à cumuler le prix du marché initial et les dépenses résultant des marchés de substitution.

Toutefois, d'une part, en application de l'article 30 du CCAG « *le marché résilié est liquidé en tenant compte, d'une part, des prestations terminées et admises et d'autre part, des prestations en cours d'exécution dont la personne responsable du marché accepte l'achèvement* ». D'autre part, l'article 32.4 prévoit que « *L'augmentation des dépenses, par rapport au prix du marché, résultant de l'exécution des prestations aux frais et risques du titulaire est à sa charge. (...)* ».

Ainsi, si l'objet du marché n'a pas été réalisé, l'indemnisation comprend le remboursement du prix du marché initial, ainsi que le coût des marchés de substitution. La société requérante y voit un enrichissement sans cause pour l'acheteur public, qui obtiendrait gratuitement la prestation prévue au marché. Mais ce n'est nullement le cas. La CCI n'a tout simplement jamais obtenu la prestation attendue et elle ne s'est donc nullement enrichie. Le préjudice de la CCI réside donc non seulement dans le coût du marché initial, mais aussi dans les dépenses résultant des marchés de substitution. Et le lien de causalité de ce préjudice est établi avec la faute commise par le titulaire du marché initial.

Enfin, la cour n'a pas statué ultra petita à deux reprises contrairement à ce qui est soutenu :

- D'une part, il est exact que la CCI n'a pas cité, dans le récapitulatif de ses conclusions, la société In Situ. Mais elle avait, devant le TA, demandé à être indemnisée du montant du préjudice subi du fait de la responsabilité de cette société, à laquelle elle reprochait un défaut de conseil dans sa mission d'expertise technique. Et elle a repris ces conclusions dans son appel incident, en chiffrant précisément le préjudice subi. La cour a donc eu raison de se prononcer sur ce point.
- D'autre part, elle n'a ni commis d'erreur de droit, ni statué ultra petita en condamnant la société requérante à verser à la CCI une somme de plus de 15 000 euros au titre du préjudice résultant des frais d'avocat exposés au cours de l'expertise, qui ne se confondent pas avec les frais de la procédure au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Par ces motifs, nous concluons :

- Au rejet du pourvoi
- A ce que la société Treuils et Grues Labor verse à la CCI d'Ille-et-Vilaine la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA
- A ce que les conclusions présentées par les sociétés Ascotel, AXA France Iard et MMA au titre de cet article soient rejetées.