

N°437148

Société Constructions Bâtiments Immobiliers

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 9 avril 2021

Lecture du 27 avril 2021

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Se substituer à un autre signifie-t-il seulement prendre sa suite ou reprendre tout ce qui doit l'être ? Nous ne vous conduirons pas vers des univers scientifiques qui manient les contours de la notion de substitution, mais vous inviterons, plus modestement, à clarifier le champ de ce qui relève ou non des marchés de substitution.

1. La communauté de communes d'Erdre et Gesvres a engagé, en 2006, deux opérations immobilières : d'une part, elle a souhaité réhabiliter l'ancien centre de tri postal de la commune de Nort-sur-Erdre pour le transformer en locaux associatifs, d'autre part, elle a projeté de détruire le centre de secours attenant au centre de tri postal pour y construire une maison de l'emploi ainsi que des logements sociaux.

L'OPAC 44 devenu Habitat 44 était maître d'ouvrage de l'opération de construction des logements sociaux et il s'est vu confier, par la communauté de communes - maître d'ouvrage des opérations de reconversion de l'ancien centre de tri postal et de construction de la maison de l'emploi - la mission de conduire en son nom ces opérations.

Le lot « gros œuvre » de chacune de ces deux opérations a été attribué, en 2009, à la société Construction Bâtiments Immobiliers (CBI).

Au cours de l'année 2011, Habitat 44 a constaté que la société CBI n'avait ni achevé les ouvrages, ni exécuté des travaux de reprises de malfaçons affectant les ouvrages déjà réalisés. La société CBI pointait quant à elle des difficultés au niveau de la coordination et de la maîtrise d'œuvre.

L'OPH a donc mis en demeure la société d'assurer la parfaite exécution des prestations, c'est-à-dire d'achever les travaux et de reprendre les malfaçons, dans un délai de quinze jours, sous peine de résiliation des marchés, aux frais et risques de la société. Celle-ci n'ayant pas déféré à la mise en demeure, l'Office a procédé à cette résiliation, par un courrier du 23 septembre 2011.

Les maîtres d'ouvrage ont ensuite – en 2012 - conclu de nouveaux marchés avec d'autres entreprises, afin de permettre la réalisation des travaux de reprise des malfaçons et l'achèvement des travaux.

Les décomptes généraux des marchés passés avec CBI lui ont été notifiés en 2016 : celui portant sur les logements sociaux avait un solde débiteur concernant CBI de 82 000 euros environ, du fait de pénalités de retard (plus de 16 000 euros) et de la retenue d'une somme de plus de 68 000 euros correspondant au coût de travaux de reprise des malfaçons ; le décompte portant sur la maison de l'emploi présentait aussi un solde débiteur concernant CBI, de 78 000 euros environ, avec application de plus de 20 000 euros de pénalités de retard et de deux retenues dont l'une de plus de 65 000 euros au titre de travaux de reprise de malfaçons.

La société CBI a produit des mémoires en réclamation afin de contester ces décomptes généraux, qui ont été rejetés. Elle a donc saisi le tribunal administratif de Nantes, qui a rejeté sa demande et a fait droit aux conclusions reconventionnelles présentées devant lui par la communauté de communes et Habitat 44, en condamnant la société à leur verser les sommes respectives de 78 000 euros et 82 000 euros environ, au titre des soldes des marchés.

La cour administrative d'appel de Nantes a rejeté son appel contre ce jugement et la société CBI se pourvoit en cassation.

2. Comme vous le savez, lorsqu'un marché de substitution est conclu, le titulaire du marché initial bénéficie d'un droit de suivi pour sauvegarder ses intérêts dès lors qu'il aura ensuite à payer le surcoût.

Des travaux de reprise des malfaçons peuvent-ils relever d'un tel marché ?

La question posée par le pourvoi n'est pas tant de savoir jusqu'où va le droit de suivi, puisque dès lors que nous entrons dans le cadre d'un marché de substitution, le droit de suivi est ... de droit, comme l'expression l'indique. Et, à l'inverse, ce droit n'est pas prévu en dehors de ces marchés. La question est de savoir jusqu'où va la notion même de marché de substitution.

L'enjeu n'est pas non plus, par ailleurs, de déterminer l'identité de celui qui supportera la charge de tels travaux, car dans tous les cas il s'agira du titulaire initial, soit dans le cadre du décompte final du marché au titre du coût des marchés de substitution, soit sur le fondement de sa responsabilité contractuelle. Il s'agit donc moins de déterminer qui payera que de savoir si le titulaire initial bénéficie ou non d'un droit de suivi de ces dépenses. Or, ce n'est pas une question seulement formelle ou procédurale – ce qui serait déjà important car, en général, les procédures répondent à une finalité... Ce droit de suivi est une réelle garantie substantielle pour le titulaire initial puisqu'il lui permet de vérifier ce qui est demandé au titulaire suivant pour l'exécution de ce nouveau marché et de surveiller ainsi le coût qui lui sera finalement réaffecté. La méconnaissance de ce droit de suivi engendre, le cas échéant, la décharge des sommes en cause.

3. Que dit d'abord le CCAG applicable, plus précisément l'article 49 du CCAG Travaux approuvé par le décret du 21 janvier 1976, applicable au litige ?

Lorsque l'acheteur public (la personne responsable du marché dans le vocable précédent) constate que l'entrepreneur ne se conforme pas aux dispositions du marché ou aux ordres de service, il le met en demeure d'y satisfaire dans un délai déterminé. S'il n'a pas été déféré à cette mise en demeure, deux options sont prévues : la résiliation ou la mise en régie.

Première option, en cas de résiliation, elle peut être simple ou aux frais et risques de l'entrepreneur. Dans cette dernière hypothèse, le CCAG précise (49.4) « (...) En cas de résiliation aux frais et risques de l'entrepreneur, il est passé un marché avec un autre entrepreneur, pour l'achèvement des travaux. (...) ».

Seconde option, en cas de mise en régie (49.5), « l'entrepreneur dont les travaux sont mis en régie est autorisé à en suivre l'exécution sans pouvoir entraver les ordres du maître d'œuvre et de ses représentants. » Cet article précise qu'il en est de même en cas de nouveau marché passé à ses frais et risques.

Enfin, l'article 49.6 précise que « Les excédents de dépenses qui résultent de la régie ou du nouveau marché sont à la charge de l'entrepreneur. Ils sont prélevés sur les sommes qui peuvent lui être dues ou, à défaut, sur ses sûretés éventuelles, sans préjudice des droits à exercer contre lui en cas d'insuffisance ».

Votre jurisprudence a donné toutes leurs portées à ces stipulations. Ainsi, 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). Vous avez également jugé qu'était nécessaire la notification du nouveau marché lui permettant de suivre les travaux (Section, 17 mars 1972, *Dame Figaroli*, n° 76453, au Recueil).

Plus récemment, vous avez précisé que l'entrepreneur dont le marché est résilié à ses frais et risques doit être mis à même d'user du droit de suivre les opérations exécutées par un nouvel entrepreneur dans le cadre d'un marché de substitution. Vous avez précisé que ce droit de suivi était destiné à lui permettre de veiller à la sauvegarde de ses intérêts, les montants découlant des surcoûts supportés par le maître d'ouvrage en raison de l'achèvement des travaux par un nouvel entrepreneur étant à sa charge (9 juin 2017, *Société Entreprise Morillon Corvol Courbot*, n° 399382, aux Tables).

En revanche, vous avez précisé, par cette même décision, qu'il ne résultait d'aucune stipulation du CCAG travaux que lorsque l'entrepreneur dont le marché est résilié n'a pas exécuté les mesures de conservation et de sécurité prescrites par le pouvoir adjudicateur dans les conditions fixées par les stipulations de l'article 46 du CCAG travaux (mesures qui peuvent comprendre la démolition des ouvrages réalisés et qui sont elles aussi à la charge de l'entrepreneur), ce dernier disposerait du droit de suivre l'exécution d'office de ces mesures.

Dans ses conclusions sur cette décision, Olivier Henrard soulignait que le régime du marché de substitution, prévu dans les « mesures coercitives » de l'article 49 « se distingue clairement du régime des travaux dont l'objet n'est pas d'achever l'ouvrage, mais de mettre en place des mesures conservatoires dans le cadre de la résiliation du marché », qui sont prévues quant à elles à l'article 46. Cet article évoque en effet les « mesures qui doivent être prises avant la fermeture du chantier pour assurer la conservation et la sécurité des ouvrages ou parties d'ouvrages exécutés » et il précise que sauf dans les cas de résiliation prévus aux articles 47 et 49, elles ne sont pas à la charge de l'entrepreneur.

Notre prédécesseur, évoquant le cas d'espèce qui lui était soumis, précisait encore que « si le coût des mesures de conservation et de sécurité est bien mis à la charge du titulaire du marché résilié, leur régime ne prévoit aucun droit de suivi, à la différence du marché de substitution ». Il citait comme motif d'explication de cette dualité de régime d'une part le fait que le marché de substitution est souvent passé dans des circonstances délicates, d'autre part que l'enjeu financier des mesures de conservation et de sécurité est, a priori, plus modeste que celui du marché de substitution.

4. Dans notre affaire, la cour a pris la plume pour compléter votre considérant de principe issu de la décision *Société Entreprise Morillon Corvol Courbot*. Elle a étendu cette jurisprudence en estimant que les travaux de reprise des malfaçons entachant les éléments des ouvrages déjà réalisés devaient, comme les mesures de conservation et de sécurité, être traités différemment des travaux correspondant à un marché de substitution. Elle a donc estimé que l'entrepreneur ne disposait pas du droit de suivre l'exécution d'office de ces mesures.

A-t-elle ce faisant commis une erreur de droit ?

Dans le sens retenu par la cour, nous identifions trois arguments principaux.

D'abord, le CCAG retient, comme nous l'avons indiqué, la notion d'achèvement des travaux, qui peut revêtir une acception stricte de ce qui en relève, à savoir uniquement ce qui n'a pas encore été réalisé.

Ensuite, il peut être important de ne pas étendre démesurément le champ des marchés de substitution, pour ne pas en tordre la justification et afin d'éviter de reconnaître un droit de suivi d'une durée ou d'une portée excessive pour le titulaire initial.

Enfin, la procédure imposée au maître d'ouvrage, si elle n'est pas d'une grande lourdeur, n'en reste pas moins une contrainte qu'il doit respecter. Pour le maître d'ouvrage, des marchés ultérieurs portant sur des travaux de reprise de l'ouvrage peuvent être considérés comme n'ayant plus directement trait à son achèvement.

Toutefois, la position de principe retenue par la Cour nous semble poser des difficultés importantes et, pour tout dire, ne nous convainc pas. Ce n'était d'ailleurs pas la voie préconisée par son rapporteur public, qui n'a pas été suivi (ceci n'étant bien sûr qu'un élément

de contexte, car cela arrive parfois !). Pour ce qui nous concerne, plusieurs éléments nous semblent devoir être pris en compte.

Premièrement, la distinction à laquelle a procédé la décision Morillon résulte d'une accroche textuelle : c'est en effet le CCAG lui-même, en son article 46, qui distingue les mesures de conservation et de sécurité et elles seules. La cour a gommé cette référence à l'article 46 pourtant présente dans votre considérant de principe et a ajouté la mention qu'il « ne résultait d'aucune stipulation du CCAG Travaux, ni d'aucune règle générale applicable aux contrats administratifs », que les travaux en question devaient être inclus dans ce champ. Mais précisément si tel est le cas pour les mesures de conservation régies par des stipulations propres, ce n'est pas le cas pour des travaux de reprise des malfaçons.

Deuxièmement, entre finir d'exécuter ou finir de bien exécuter, la frontière n'est pas évidente. Rappelons-nous l'exemple de la grue portuaire que vous avez connue récemment avec la décision *Treuils et Grue Labor* (n° 433386, aux Tables, à nos conclusions), une grue certes livrée mais ne fonctionnant pas : le marché de substitution visait-il à achever l'ouvrage ou à traiter une malfaçon ? Entre non-façons et malfaçons, la qualification ne sera pas toujours aisée. Et ne faut-il pas, en tout état de cause, considérer que l'achèvement des travaux couvre à la fois l'achèvement des travaux déjà réalisés et la réparation des malfaçons affectant les ouvrages déjà réalisés ? Dans cette décision *Treuils et Grue Labor*, vous avez d'ailleurs évoqué les « manquements » auxquels le marché de substitution visait à répondre : en vous inspirant de la logique de la décision d'Assemblée Fosmax (Assemblée, 9 novembre 2016, Société Fosmax LNG, n° 388806, conclusions Gilles Pellissier), vous avez jugé que « la conclusion de marchés de substitution [était] destinée à surmonter l'inertie, les manquements ou la mauvaise foi du cocontractant lorsqu'ils entravent l'exécution d'un marché ».

Troisièmement, la garantie de « parfait achèvement » prévue au CCAG couvre « l'ensemble des travaux nécessaires pour rendre l'ouvrage conforme aux prévisions du marché » (29 septembre 2014, Commune de Nantes, n° 370151, aux Tables). Certes, c'est une procédure distincte, mais dans le même esprit, la réalisation de travaux de reprise pourrait être regardée comme rattachable au marché initial et, par suite, au marché de substitution conclu à la suite d'une résiliation aux frais et risques de l'entrepreneur.

Quatrièmement, il nous paraît pertinent de lier le paiement du surcoût de ces travaux dans le cadre du décompte et le droit de suivi, comme le marché de substitution le permet précisément. Certes, le coût de la reprise de malfaçons peut relever par ailleurs de la responsabilité contractuelle, mais n'est-il pas plus simple de le prévoir dans le cadre du décompte ? La prise en compte de l'intérêt légitime de l'acheteur public ne passe pas seulement par la souplesse de la procédure que permettrait l'absence de droit de suivi : c'est aussi et surtout de faire achever et réparer et de mettre le tout à la charge du titulaire initial, dans le cadre d'un même décompte.

Enfin, de fait, et le cas d'espèce l'illustre, la question se pose en réalité lorsqu'un seul marché est conclu, comprenant achèvement et reprise. Autant nous convenons que des travaux qui ne seraient que de la reprise de malfaçons n'ont, en principe, pas à relever du marché de

substitution, autant exclure par principe ces travaux de ce champ, alors même qu'ils seraient inclus dans un marché « mixte » nous semble peu pertinent. Les règles applicables au marché de substitution doivent alors à notre sens s'appliquer pour tout ce marché, quand bien même son objet réel dépasse le champ théorique de ces marchés - si on devait en retenir une acception stricte - en incluant, outre l'achèvement, la réparation.

Finalement, pour toutes ces raisons, une position de principe d'exclusion telle que celle de la cour ne nous paraît pas devoir être retenue : peut-on vraiment considérer que des travaux de reprise ne rentrent jamais dans le cadre d'un marché de substitution ? Disant cela, nous pensons au moins à deux hypothèses : celle dans laquelle les deux sont en réalité indissociables et celle dans laquelle la réparation est un préalable indispensable à l'achèvement.

Au total, trois options s'offrent à vous :

- celle de la cour, que nous excluons, car nous ne pensons ni possible, ni opportun d'exclure par principe les travaux de reprise du champ des marchés de substitution ;
- à l'inverse, dans l'esprit de vos jurisprudences Morillon (acception stricte de l'exception au marché de substitution) et Treuils et Grues (idée d'une réalisation bien achevée), l'option consistant à juger que l'objet d'un marché de substitution est d'achever la réalisation du marché dans le sens voulu par les stipulations contractuelles, c'est-à-dire non seulement de finaliser les ouvrages ou prestations non fournies, mais également de réparer ce qui empêcherait son exécution ; évidemment, cela ne peut être, y compris dans cette hypothèse, qu'un marché passé après la mise en régie ;
- la troisième option, intermédiaire, consiste à considérer que lorsqu'un seul marché de substitution est conclu et vise à la fois des travaux de reprise et des travaux d'achèvement, alors le marché doit être conçu comme une entité unique et le droit de suivi doit s'exercer sur l'ensemble des prestations requises.

Les deux dernières options sont assez proches. Il nous semble que la troisième est toutefois préférable afin de ne pas englober des marchés qui ne viseraient que des travaux de reprise. Et dans ce cadre d'un marché « mixte » (réparation et achèvement), nous ne vous proposons de retenir une appréciation pointilleuse de la part de chaque type de travaux. Il suffit que le marché réponde bien à une nécessité d'achèvement, et il peut dans ce cas relever dans son ensemble, réparations comprises, du champ du marché de substitution.

Nous vous proposons donc de juger que si les contrats passés par le maître d'ouvrage avec d'autres entrepreneurs pour la seule reprise de malfaçons auxquelles le titulaire du marché n'a pas remédié ne constituent, en principe, pas des marchés de substitution, en revanche, le maître d'ouvrage qui, après avoir mis en régie le marché, confie la poursuite de l'exécution du contrat à un autre entrepreneur, peut inclure dans ce marché de substitution des prestations tendant à la reprise de malfaçons sur des parties du marché déjà exécutées.

Dans ce cas, le droit de suivi du titulaire initial du marché s'exerce sur l'ensemble des prestations du marché de substitution, sans qu'il y ait lieu de distinguer celles de ces prestations qui auraient pu faire l'objet de contrats conclus sans mise en régie préalable.

Dès lors, en excluant par principe que ces travaux puissent relever de ces marchés et du droit de suivi conséquent, la cour a commis une erreur de droit.

Nous ne pensons pas qu'il soit possible de redresser ce raisonnement. Vous pourriez peut-être tenter cet effort si la cour avait néanmoins bien jugé ensuite le cas d'espèce qui lui était soumis. Mais précisément, telle n'est pas notre conviction.

En effet, plusieurs marchés ont été conclus mais celui qui nous intéresse ici est bien un marché unique conclu à la fois pour l'achèvement des non-façons et les réparations des malfaçons. L'OPH avait signifié à la société CBI son intention de passer un nouveau marché à ses frais et risques dans son courrier de résiliation du 23 septembre 2011 et un avenant signé par l'OPH avec la société Eiffage le 3 janvier 2012 comprenait bien des travaux tendant à l'achèvement du marché. Il ressort ainsi des pièces du dossier que le marché de substitution comportait à la fois une part de travaux de reprise et une part de travaux « restant à réaliser ». La cour a aussi, selon nous, dénaturé les faits, même si nous vous proposons de retenir avant tout une erreur de droit sur son raisonnement de principe, cette mention des éléments de faits visant seulement à vous convaincre, si besoin en était, de la nécessité d'annuler l'arrêt sur ce point.

D'autres moyens sont en lien direct avec ceux-ci, puisqu'ils concernent le droit de suivi résultant de la qualification en marché de substitution, et la réponse en découle sans qu'il soit utile de les détailler.

S'agissant, par ailleurs, de la question des pénalités de retard, qui est distincte, le moyen de dénaturation n'est pas fondé (ni la réalité des retards, ni le montant des pénalités en résultant n'a été contesté et les éléments avancés par CBI s'agissant de l'imputabilité du retard dans l'exécution des travaux ne conduisent pas à renverser l'appréciation souveraine de la cour, qui a répondu précisément sur les rôles respectifs de la société requérante, du maître d'œuvre et des maîtres d'ouvrage). Ceci nous conduit, sur un point dissociable, à vous proposer une annulation seulement partielle de l'arrêt.

Les moyens communs aux deux questions (malfaçons et retards) peuvent en effet aussi être écartés sans difficulté :

- d'une part, l'arrêt est suffisamment motivé (la cour n'aurait pas répondu à deux moyens, mais ceci manque en fait pour l'un et porte sur un moyen qui était inopérant pour l'autre),
- d'autre part, l'éventuelle méconnaissance des modalités prévues par le CCAG pour la notification des décomptes généraux est sans incidence sur le bien-fondé des créances figurant dans ces décomptes, qui n'étaient pas devenus définitifs (voyez en ce sens : 22 février 2002, Société générale travaux publics bâtiment, n° 212808, aux Tables sur ce point).

Par ces motifs, nous concluons :

- A l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il concerne la demande de la société CBI portant sur les retenues pour travaux de reprise des malfaçons imputées dans les décomptes généraux litigieux
- Au renvoi de l'affaire à la cour administrative d'appel de Nantes dans cette mesure
- A ce qu'Habitat 44 et la communauté de communes d'Erdre-et-Gesvres versent 1 500 euros chacune à la société CBI au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet de leurs conclusions présentées au même titre
- Au rejet du surplus des conclusions du pourvoi.