

N° 345137

Communauté d'agglomération Rouen-Elbeuf-Austreberthe

7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies

Séance du 28 mars 2012

Lecture du 16 mai 2012

CONCLUSIONS

M. Bertrand DACOSTA, rapporteur public

La présente affaire vous amènera à trancher des questions relatives au délai d'exécution à prendre en compte, dans un marché public de travaux, pour l'application d'éventuelles pénalités de retard.

La communauté de l'agglomération rouennaise, aux droits de laquelle vient désormais la communauté d'agglomération Rouen-Elbeuf-Austreberthe, a conclu en 1999 avec un groupement d'entreprises conjoint composé des sociétés Eurovia Normandie, mandataire, et Devaux un marché de travaux ayant pour objet l'aménagement de la voirie en vue de la réalisation, dans l'emprise de la RN 15, d'une partie d'une ligne de transports en commun en site propre. La société Eurovia Haute-Normandie vient aux droits de la société Eurovia Normandie et la société Colas Ile-de-France Normandie vient aux droits de la société Devaux.

Selon une configuration très habituelle, les deux sociétés ont estimé qu'elles avaient subi des surcoûts en raison de modifications imposées lors des travaux et d'un allongement des délais d'exécution, surcoûts dont elles ont réclamé l'indemnisation, tandis que la communauté d'agglomération, pour sa part, leur a infligé des pénalités de retard.

Le litige s'est d'abord déroulé devant le juge du référé, à l'initiative des deux sociétés, qui ont obtenu la condamnation de la communauté d'agglomération à leur verser une provision.

Elles ont ensuite saisi le juge du fond, d'abord d'une première demande tendant à l'apurement des comptes, la communauté d'agglomération s'étant abstenue, malgré une mise en demeure, d'établir le décompte général, puis d'une seconde demande, une fois le décompte général notifié. Le tribunal administratif de Rouen a joint les deux demandes et a fait partiellement droit aux conclusions des sociétés. La cour administrative d'appel de Douai a rejeté tant l'appel de la communauté d'agglomération que l'appel incident des sociétés Eurovia et Colas.

La communauté d'agglomération se pourvoit en cassation contre cet arrêt. Les deux sociétés ont présenté des conclusions de « *pourvoi incident éventuel* » sur lesquelles nous reviendrons.

Commençons par l'examen du pourvoi principal.

La communauté d'agglomération critique la partie de l'arrêt qui a jugé qu'elle n'était pas fondée à appliquer des pénalités pour retard dans l'exécution des travaux.

Sont en cause, d'abord, les travaux effectués en exécution de la « planche 462 » (chaque planche correspond aux travaux à réaliser dans une zone géographique déterminée). Selon la cour, ces travaux n'étaient pas inclus dans le marché initial et, dès lors, le fait qu'ils n'étaient pas achevés à la date du 9 février 2001 ne pouvait justifier l'application de pénalités.

Pour le reste, la cour a confirmé l'analyse des premiers juges, qui avaient estimé que les autres travaux s'étaient bien achevés le 9 février 2001.

Le pourvoi reproche d'abord à la cour, sur le premier point, une motivation insuffisante et contradictoire, ainsi qu'une erreur de droit.

De fait, la communauté d'agglomération soutenait devant les juges du fond qu'en admettant même que les travaux correspondant à la « planche 462 » n'aient pas été prévus dans le marché initial, ils avaient fait l'objet d'un ordre de service, l'ordre de service n° 13, lequel n'avait pas fait l'objet de réserves.

La cour s'est bornée à relever que les travaux, à supposer qu'ils aient fait l'objet de cet ordre de service, n'étaient pas inclus dans le marché initial, ce qui l'a conduit à écarter l'application des pénalités de retard. En d'autres termes, elle n'a pas répondu au moyen tiré de ce que l'absence de contestation de l'ordre de service permettait à la collectivité d'infliger de telles pénalités, quand bien même les travaux n'auraient pas été initialement prévus. Sous l'angle de l'insuffisance de motivation, le moyen de cassation pourrait être retenu. Mais, plus fondamentalement, la rédaction de l'arrêt nous semble bien révéler une erreur de droit. Il résulte de votre jurisprudence que des travaux supplémentaires exécutés à la demande de l'administration peuvent entraîner des pénalités si l'entrepreneur n'a pas formulé de réserves quant à leur incidence sur la durée du chantier (CE, 13 juillet 1965, Société nationale de construction, p. 464). En effet, des travaux supplémentaires ne modifient pas nécessairement la durée du chantier : tout dépend de leur consistance et des moyens que l'entreprise est appelée à mettre en œuvre. Lorsque des réserves ont été émises, il revient in fine au juge, en cas de litige, de déterminer si les travaux supplémentaires nécessitent ou non un réaménagement du délai d'exécution (cf. par exemple CE, 13 octobre 2004, Société générale des entreprises Quillery bâtiment, n° 248319, aux tables sur un autre point). Et même si les documents contractuels ne prévoient pas explicitement l'obligation pour l'entrepreneur d'émettre des réserves lorsqu'il entend contester un ordre de service, le juge doit rechercher si les travaux supplémentaires impliquaient un report du délai contractuel. Or, en l'espèce, la cour s'est refusé, par principe, à prendre en compte les conséquences de cet ordre de service n° 13. L'arrêt encourt donc la censure dans cette mesure.

Mais il est également contesté en tant qu'il se prononce sur les pénalités de retard relatives aux autres travaux. La cour a jugé que le tribunal administratif avait pu prendre à bon droit comme point de référence la date de prise de possession de l'ouvrage – le 9 février 2001 – « *compte tenu des réceptions successives et partielles dont les travaux ont fait l'objet entre le 9 février 2001 et le 21 mai 2001.* »

Nous avouons être un peu perplexes devant cette motivation.

Aux termes de l'article 41.3 du CCAG applicable aux marchés de travaux alors en vigueur, « *au vu du procès-verbal des opérations préalables à la réception et des propositions du maître d'œuvre, la personne responsable du marché décide si la réception est ou non prononcée ou si elle est prononcée avec réserves. Si elle prononce la réception, elle fixe la date qu'elle retient pour l'achèvement des travaux (...). La réception, si elle est prononcée ou réputée comme telle, prend effet à la date fixée pour l'achèvement des travaux.* »

La date de prise de possession de l'ouvrage n'est donc pas un élément déterminant. D'ailleurs, même à l'époque où existait le mécanisme de la double réception, vous jugiez que, « *sauf stipulations contraires du marché, la prise de possession de l'ouvrage ne peut valoir réception définitive qu'à la condition d'une part, que l'ouvrage soit achevé ou en état d'être définitivement réceptionné et que, d'autre part, la commune intention des parties ait bien été de réceptionner définitivement l'ouvrage* » (cf. par exemple CE, 28 décembre 2001, Compagnie des signaux, n° 204245).

Dans ces conditions, nous ne comprenons pas le raisonnement juridique qui a conduit les juges du fond à identifier prise de possession de l'ouvrage et achèvement des travaux, et ceci d'autant plus que l'arrêt mentionne des réceptions successives et partielles postérieures à cette date. Nous vous invitons à faire droit au moyen tiré de ce qu'il est entaché sur ce point, d'erreur de droit ou, à tout le moins, d'insuffisance de motivation.

Si vous nous suivez, vous annulerez donc la partie de l'arrêt qui, statuant sur les conclusions de la requête d'appel de la communauté d'agglomération, écarte l'application des pénalités pour retard dans l'exécution des travaux.

* * *

Vous devrez donc statuer sur le pourvoi incident présenté par les sociétés Eurovia et Colas, qui n'est présenté qu'au cas où vous feriez droit au pourvoi principal, pour les raisons qui suivent.

Comme nous vous l'avons indiqué, les sociétés ont saisi le tribunal administratif de deux demandes successives, l'une avant l'établissement du décompte général, l'autre après. Les pénalités pour retard dans l'exécution des travaux pour la période postérieure au 9 février 2001 n'ont été infligées que tardivement par le maître d'ouvrage, au stade de l'élaboration du décompte. Elles n'ont donc été contestées devant le tribunal administratif que dans le cadre de la seconde instance. Dans le cadre de la première instance, la communauté d'agglomération n'a pas sollicité la prise en compte des pénalités de retard pour la période concernée.

Dans cette configuration assez atypique, les sociétés Eurovia et Colas ont tenté de tirer parti de votre décision Société Bleu Azur du 8 août 2008 (T.), décision qui donne le mode d'emploi des dispositions de l'article 50.31 du CCAG Travaux, relatives à la procédure de réclamation préalable, lorsque l'entreprise établit un projet de décompte et que le pouvoir adjudicateur tarde à établir le décompte général. Il appartient alors à l'entreprise de le mettre en demeure de l'établir, et cette mise en demeure est regardée comme une réclamation, au sens de l'article 50.31. Dès lors, trois cas de figure sont envisageables :

- si, dans un délai de trois mois à partir de la date de réception, par la personne responsable du marché, de la réclamation, aucune décision n'a été notifiée à

l'entrepreneur ou si celui-ci n'accepte pas la décision qui lui a été notifiée, il peut saisir le tribunal administratif territorialement compétent ; une demande prématurée n'est pas irrecevable : il faut et il suffit qu'une décision de rejet, née le cas échéant de la prolongation du silence de la personne responsable du marché, soit intervenue au jour du jugement ;

- si un décompte général est notifié à l'entreprise avant l'expiration du délai de trois mois, « *l'intervention de ce décompte général rend sans objet la saisine du tribunal administratif* » ;
- en revanche, « *dans l'hypothèse où la personne responsable du marché entend notifier un décompte général après l'expiration du délai susmentionné, ce document ne peut être regardé comme un décompte général au sens des dispositions du cahier des clauses administratives générales en sorte que le litige conserve son objet et qu'il y a lieu pour le juge de le trancher.* »

Les sociétés ont donc soutenu devant le tribunal administratif, dans le cadre d'un mémoire en réplique, que, dès lors que le décompte général avait été notifié plus de trois mois après la réclamation, l'apurement des comptes devait être opéré exclusivement dans le cadre de la première instance, et qu'il n'y avait en définitive pas lieu de statuer sur leur seconde demande. Elles espéraient ainsi priver la communauté d'agglomération de la possibilité d'infliger des pénalités de retard pour la période postérieure au 9 février 2001.

Pour rejeter les conclusions aux fins de non-lieu, la cour s'est bornée à relever que la seconde demande avait été enregistrée plus de six mois après la notification du décompte général, ce qui faisait, en tout état de cause, obstacle au non-lieu.

A la lettre, l'analyse est irréprochable : il ne peut y avoir de non-lieu que pour un motif survenant postérieurement à la saisine du juge.

C'est la raison pour laquelle il est également soutenu que la cour a commis une erreur de droit en ne soulevant pas d'office l'irrecevabilité de la seconde demande.

En réalité, tout ceci est un peu vain. Votre jurisprudence Société Bleu Azur a pour seul objet d'éviter que le pouvoir adjudicateur ne puisse faire échec à une première instance engagée en raison de son refus d'établir le décompte général, en produisant subitement, à n'importe quel moment, le document en question. La production du document, au-delà du délai de trois mois, ne rend pas sans objet cette instance. Simplement, ce décompte général sera regardé comme l'expression de la position de la collectivité, à charge pour le juge de trancher entre les parties. Autrement dit, même si ce n'est qu'à ce stade que la collectivité entend faire valoir que l'entreprise encourt des pénalités de retard, celles-ci seront bien dans le débat contentieux.

Quoi qu'il en soit, nous vous invitons à juger que la cour n'a pas commis d'erreur de droit.

Lorsque l'entrepreneur met en demeure la collectivité d'établir le décompte général définitif du marché et qu'en l'absence de réponse il saisit le juge administratif, la circonstance que, postérieurement au délai de trois mois dont il dispose, le maître d'ouvrage entende, en cours d'instance, notifier un décompte général ne conduit pas le juge à prononcer un non-lieu.

Lorsque ce document est porté à la connaissance du juge, il doit être regardé comme le dernier état des prétentions de l'administration (c'est la jurisprudence Société Bleu Azur). Toutefois, si l'entrepreneur a jugé utile de le contester dans le cadre d'une instance distincte, une telle demande n'est pas irrecevable : elle est certes dirigée contre un « vrai-faux » décompte général, qui n'en est pas un au sens du CCAG, mais qui manifeste bien une décision de la collectivité (ici celle d'infliger des pénalités de retard supplémentaire).

Ajoutons qu'il y a ici quelque paradoxe, pour les sociétés, à reprocher à la cour de ne pas avoir soulevé d'office l'irrecevabilité de leur propre demande. Vous pourriez même être tentés de juger que la cour a commis une autre erreur de droit, non pas celle qui est soulevée, mais l'erreur consistant à ne pas avoir requalifié en désistement les conclusions aux fins de non-lieu. Or le moyen tiré de ce que le juge n'a pas donné acte d'un désistement implicite est un moyen d'ordre public (CE, Section, 7 avril 1967, Ministre de l'équipement c/ Monschein, p. ; CE, 21 mai 1982, Commune de Compiègne, p. 152). Toutefois, les conclusions aux fins de non-lieu n'ayant été présentées qu'aux fins d'exclure du débat contentieux des pénalités qui avaient en tout état de cause vocation à y demeurer, les requalifier en désistement aurait été contraire aux intérêts mêmes des demandeurs. Nous ne vous invitons donc pas à vous engager dans cette voie.

PCMNC nous concluons à l'annulation de l'arrêt en tant qu'il a statué sur les conclusions de la communauté d'agglomération relatives aux pénalités de retard dans l'exécution du marché, au rejet du pourvoi incident et à ce que soit mis à la charge des sociétés Eurovia Haute-Normandie et Colas Ile-de-France Normandie le versement à la communauté d'agglomération d'une somme de 3000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.