

N° 426955
Société GEOMAT

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies
Séance du 11 mars 2020
Lecture du 27 mars 2020

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Il est assez rare que le contentieux de la commande publique avoisine celui du remembrement rural, mais cette affaire vous en donnera l'occasion. Elle vous conduira à préciser votre jurisprudence relative à la rémunération des travaux supplémentaires.

1. Comme vous le savez, les opérations de remembrement ont pour objectif principal de regrouper des parcelles agricoles éparses afin de reconstituer des parcelles de plus grande taille, facilement exploitables par les agriculteurs. Des échanges de parcelles ont lieu entre les propriétaires concernés, avec versement d'une soulte si nécessaire. Ces opérations sont supervisées par une commission communale d'aménagement foncier, présidée par un magistrat judiciaire, qui définit les nouvelles parcelles et impose les échanges et les soultes éventuelles correspondantes. Ce processus est financé par le conseil départemental, avec une contribution des communes concernées. Le département assure ainsi la rémunération des géomètres-experts qui concourent à ces opérations.

C'est ainsi que le département de la Loire-Atlantique a conclu avec la société Géomat, le 9 juillet 2003, un marché à prix unitaire ayant pour objet le remembrement de la commune de Saint-Etienne de Montluc, pour un montant d'un peu plus d'1,2 Me TTC.

En 2011, la société Géomat a transmis au département un projet de décompte final qui comprenait notamment une somme de plus de 370 000 euros HT correspondant à des travaux exécutés en plus des prestations initialement prévues. Le département l'a rejeté. La société a saisi le comité consultatif interrégional de règlement amiable des litiges relatifs aux marchés publics qui a proposé que le département verse à la société une somme de plus de 130 000 euros HT et une autre de 100 000 euros HT correspondant respectivement aux prestations excédant les quantités initialement prévues au marché et aux prestations correspondant à des postes non prévus initialement.

La société a adressé une demande d'indemnisation au département, qui l'a rejetée, rejet que le tribunal administratif de Nantes comme la cour administrative d'appel de Nantes ont confirmé et qui conduit la société Géomat à se pourvoir en cassation.

2. Votre jurisprudence retient l'indemnisation de travaux supplémentaires – par rapport aux prévisions inscrites au contrat - dans deux grands cas de figure : d'une part les travaux prescrits, même tacitement, par la personne publique, d'autre part, les travaux indispensables à la réalisation dans les règles de l'art.

En premier lieu, vous avez étendu progressivement la jurisprudence relative à la nécessité d'un ordre, même tacite, pour que des travaux supplémentaires puissent être indemnisés.

Vous retenir que « *L'entreprise n'ayant reçu aucun ordre écrit ni verbal de la commune pour effectuer ces travaux, et ceux-ci n'étant pas indispensables à la bonne exécution des ouvrages compris dans les prévisions du marché, [elle] n'a droit à aucune indemnité, alors même que les travaux supplémentaires auraient été utiles à la commune* » (Section, 17 octobre 1975, Commune de Canari, n° 93704, au Recueil).

Cet accord peut n'être que tacite. Vous avez ainsi jugé, s'agissant de prestations supplémentaires exécutées en cas de nullité du contrat, qu'elles pouvaient être indemnisées si elles étaient nécessairement impliquées par le contrat, auxquelles la personne publique a donné son consentement, fût-ce tacitement en ne s'y opposant pas (18 novembre 2011, Communauté de communes de Verdun, n° 342642, aux Tables).

En second lieu, la rémunération de travaux supplémentaires peut résulter de leur caractère indispensable pour la réalisation dans les règles de l'art.

Ainsi, des travaux supplémentaires réalisés sans ordre mais indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art doivent faire l'objet d'une indemnisation, y compris dans le cas des marchés à prix forfaitaire (14 juin 2002, Ville d'Angers, n° 219874, aux Tables ; 4 juillet 2012, Commune de Quinéville, n° 343539, C).

Cette jurisprudence initialement inscrite dans le cadre des marchés de travaux a été étendue aux marchés de services. Des missions ou prestations non prévues au marché de maîtrise d'œuvre et non décidées par le maître d'ouvrage ouvrent droit à rémunération, malgré le caractère forfaitaire du prix, si elles sont indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art ou, par ailleurs, si le maître d'œuvre a été confronté à des sujétions imprévues présentant un caractère exceptionnel et imprévisible, dont la cause est extérieure aux parties et qui ont pour effet de bouleverser l'économie du contrat (29 septembre 2010, *Société Babel*, n° 319481, aux Tables).

La notion de règles de l'art est sans doute toutefois plus difficile à caractériser pour ce type de marchés. Il s'agit, en effet, d'une notion aux contours assez imprécis qui, en tout cas, ne se confond pas avec les normes techniques ou l'application de la réglementation (voir pour cette distinction : 7 décembre 2015, *Commune de Bihorel*, n° 380419, au Recueil). Il s'agit du respect des usages professionnels répandus et considérés comme essentiels et le juge l'apprécie en fonction des pratiques des acteurs du secteur.

Précisons enfin que vous avez déjà fait application de cette jurisprudence dans le cas d'opérations d'aménagement foncier (4 mars 1987, *Association foncière de Monnaie-Crotelles*, n° 55491, C) en retenant que « si certains travaux ont été exécutés sans ordre de service, il s'agit de travaux imposés par les particularités du terrain, indispensables à l'exécution des ouvrages (...) conformément aux règles de l'art ».

3. Qu'en est-il pour des travaux présentés comme indispensables à la réalisation dans les règles de l'art mais ayant fait l'objet d'un refus exprès préalable du maître de l'ouvrage ?

Votre jurisprudence nous semble, à vrai dire, déjà très engagée dans la voie du refus d'une indemnisation dans un tel cas.

Vous avez ainsi jugé que le titulaire du marché, qui a passé outre aux ordres contraires qu'il avait expressément reçus du représentant du maître de l'ouvrage, ne peut prétendre, quelle que soit l'utilité des travaux supplémentaires qu'il a réalisés, à une indemnisation de ses travaux (2 juillet 1982, *Société routière Colas*, n° 23653, au Recueil, conclusions Pdt Dutheillet de Lamothe).

Cette décision ne retient pas la notion de caractère « indispensable » mais de caractère « utile » des travaux, mais il nous semble qu'elle vous invite à tenir compte, avant toute chose, de l'intervention d'un refus exprès du maître d'ouvrage, et y compris en présence de travaux présentés comme « indispensables ».

C'est d'ailleurs ainsi que la doctrine l'a interprétée, en considérant qu'y compris s'agissant des travaux indispensables « aucun paiement n'est dû si le maître d'ouvrage s'est opposé expressément à la réalisation des travaux » en se référant à cette décision société routière Colas¹.

Précisons que, comme nous l'avons indiqué, vous admettez un consentement tacite à des travaux, en l'absence d'opposition du maître d'ouvrage. Mais cela suppose tout de même, nous semble-t-il, qu'il n'ait pas été mis devant le fait accompli, c'est-à-dire qu'il ait été prévenu avant leur réalisation. L'entreprise qui estime que des travaux supplémentaires sont utiles, voire indispensables pour la réalisation dans les règles de l'art, doit, nous semble-t-il, en informer et en convaincre, si besoin, le maître d'ouvrage. Nous y voyons une forme d'application du principe de loyauté des relations contractuelles ou de bonne foi dans l'exécution du marché. C'est pourquoi nous pensons que même un refus a posteriori du maître d'ouvrage devrait être pris en compte et vous conduire à vérifier si le maître d'ouvrage a été mis à même d'exprimer un accord, ne serait-ce que tacitement, afin d'éviter qu'il soit placé dans une situation de fait accompli.

¹ L. Richer et F. Lichère, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 2019, 11^{ème} éd., p. 265, § 553

Il ne convient toutefois pas de revenir sur votre jurisprudence, à la fois bien établie et pleinement justifiée, sur l'indemnisation des travaux indispensables, et il faut donc éviter que la personne publique conteste leur nécessité et mette en avant son désaccord tardivement, au moment du décompte. Pour que soit pris en compte un refus exprès postérieur, il doit donc intervenir dès que la personne publique a connaissance de l'intention de l'entreprise de réaliser des travaux ou de leur démarrage.

Pour ce qui nous intéresse aujourd'hui, le cas est, en tout état de cause, plus simple : le maître d'ouvrage a manifesté expressément et préalablement son refus de travaux supplémentaires. Il nous semble essentiel d'éviter que sous prétexte d'invocation de la réalisation dans les règles de l'art, la personne publique se trouve placée, de fait, dans une forme d'obligation d'indemnisation. Il convient d'éviter la « *désobéissance aux ordres du maître d'ouvrage* » dénoncée par le président Dutheillet de Lamothe dans ses conclusions sur la décision société routière Colas précitée, ou encore la tentation de « *faire le bien de l'administration contre son gré* » pour reprendre les termes du Pdt Boulouis dans ses conclusions sur la décision Communauté de communes de Verdun précitée.

Nous vous invitons donc à confirmer votre jurisprudence Société routière Colas, et même à la renforcer pour inclure la prise en compte du refus non seulement de travaux « utiles » mais aussi de travaux présentés comme « indispensables », lorsque la personne publique s'y est expressément opposée préalablement ou dès qu'elle en a eu connaissance.

Relevons que la loi PACTE du 22 mai 2019 a inséré dans le code des marchés publics un nouvel article L. 2194-3, aux termes duquel : « *Les prestations supplémentaires ou modificatives demandées par l'acheteur au titulaire d'un marché public de travaux qui sont nécessaires au bon achèvement de l'ouvrage et ont une incidence financière sur le marché public font l'objet d'une contrepartie permettant une juste rémunération du titulaire du contrat* ». La rémunération de travaux supplémentaires va ainsi bien de pair avec la demande ou l'accord de la personne publique.

4. En l'espèce, la cour a retenu que la présomption d'accord tacite à la réalisation de travaux supplémentaires ne pouvait être admise lorsque la personne publique avait préalablement fait connaître son refus de les rémunérer. Elle a donc écarté toute indemnisation en relevant que la société n'apportait pas la justification que les travaux auraient été réalisés antérieurement à ce refus exprès. Ce faisant, elle n'a nullement commis d'erreur de droit.

Une particularité pourrait naître, en l'espèce, du contenu de cette décision de rejet. Par un courrier du 16 juillet 2008, le département a informé la société du fait que les prestations supplémentaires fournies sans commande expresse de sa part et sans avenant ne seraient pas payées. Il s'agit donc d'une volonté exprimée en des termes assez généraux, qui ne précise pas les travaux en cause. Nous pensons qu'il serait délicat de prendre en compte un refus général, de principe, qui serait ainsi opposé par la personne publique dès le démarrage du marché, par précaution et sans viser des travaux précis. Il ne faudrait pas en effet que la personne publique se prémunisse ainsi de toute indemnisation de façon excessive et théorique.

Mais, en l'espèce, d'une part, le refus n'est pas intervenu dès le démarrage du marché, mais bien en cours d'exécution, et, d'autre part, il a été formulé dans un contexte dans lequel le département pouvait légitimement craindre de tels travaux sans son accord, du fait d'échanges entre la société et d'autres acteurs intervenant dans les opérations de remembrement, en particulier une sous-commission d'aménagement foncier formulant certaines demandes.

Le refus était donc exprès et suffisamment précis, dans cette configuration, pour permettre l'application de votre jurisprudence, confirmée et précisée comme nous le proposons si vous nous suivez.

5. Vous pourrez écarter les autres moyens, dont nous ne disons qu'un mot rapide.

D'abord, si l'article L. 121-16 du code rural et de la pêche maritime prévoit une rémunération des techniciens chargés de la préparation et de l'exécution des opérations d'aménagement foncier en application de barèmes ministériels, la cour a eu raison d'estimer que ces dispositions ne faisaient pas obstacle à l'application du code des marchés publics et ne pouvaient être utilement invoquées. Le département avait fait le choix, en 2003, de passer un marché public – étant précisé que le respect du code des marchés publics en la matière a été posé par la loi depuis 2005². Dès lors que ce marché avait été conclu et qu'un prix avait été déterminé, d'une part, rien ne nous dit que ce prix ne se conformait pas au barème, d'autre part, la réalisation de travaux supplémentaires porte sur les quantités de prestations réalisées, enfin c'est le seul montant global du marché, sur lequel les parties avaient contracté, qui devait intéresser la cour comme elle l'a fait.

Ensuite, la cour a retenu qu'à supposer que des prestations aient été réalisées à la demande de la sous-commission d'aménagement foncier, cette circonstance ne suffisait pas à démontrer le caractère indispensable de ces prestations. Elle a précisé que cette instance était dépourvue de pouvoir décisionnaire et nous comprenons qu'elle a ainsi voulu signifier que les demandes de cette instance étaient sans incidence sur l'appréciation à porter dès lors qu'elle n'agissait pas au nom du département maître d'ouvrage et qu'il n'était donc pas possible d'y voir une demande ou un accord de ce dernier. En outre, les demandes formulées par cette sous-commission pouvaient correspondre à une autre logique et répondre à d'autres préoccupations que celles de la réalisation de travaux indispensables en vue de la réalisation dans les règles de l'art, et la cour a donc, sans erreur de droit, estimé que cette circonstance ne devait pas être prise en compte.

Par ailleurs, c'est de façon surabondante qu'elle a relevé que certaines des prestations ainsi supposément demandées étaient, « en tout état de cause », incluses dans la prestation de base. Le moyen tiré de ce qu'elle aurait ainsi insuffisamment motivé son arrêt en ne précisant pas les prestations concernées est donc inopérant devant vous.

² La rédaction de l'article L. 121-16 a été revue par la loi du 23 février 2005 pour préciser que le choix des géomètres-experts était effectué dans le respect du code des marchés publics

Elle a également indiqué que le remembrement avait été ordonné sur une partie seulement du territoire de la commune en rappelant que la société avait fait valoir que les travaux supplémentaires avaient permis de procéder à un remembrement complet, sous-entendu « dans les règles de l'art ». Sans doute la cour a-t-elle procédé à un raccourci créant une confusion sur ce point de l'arrêt, mais d'une part elle n'a pas pour autant dénaturé les écritures, qu'elle a citées sans erreur, d'autre part, ce point est sans incidence puisqu'il porte lui aussi sur un motif surabondant de l'arrêt.

Enfin, le choix des juges du fond d'ordonner ou non une expertise relève de leur appréciation souveraine (10 octobre 2018, Communauté d'agglomération du bassin de Thau et autres, n° 402975, aux Tables). De plus, en l'espèce, ce n'était pas à la cour de pallier les carences de la société en ordonnant une expertise pour établir la part des travaux qu'elle avait réalisés avant ou après le refus exprès du département. A vrai dire, ce dernier moyen nous conforte seulement, si besoin en était, sur le caractère ainsi implicitement reconnu comme déterminant de l'intervention d'un refus exprès de la part du maître d'ouvrage.

Par ces motifs, nous concluons :

- au rejet du pourvoi
- à ce que la société Géomat verse au département de la Loire-Atlantique une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.