

Cour administrative d'appel de Nantes, 24 janvier 2014, n° 12NT00302, E.U.R.L. Michel G. ** Décision commentée**

E-RJCP - mise en ligne le 10 mars 2014

Thèmes :

- Demande de paiement du maître d'œuvre s'appliquant des pénalités de retard à titre conservatoire du rendu d'un arrêt.
- Calcul des pénalités de retard appliquées au maître d'œuvre en cas de dépassement du délai de vérification des décomptes généraux de travaux.

Résumé :

1. Le **maître d'œuvre** requérant a adressé au maître de l'ouvrage un **projet de décompte** de ses prestations effectuées, improprement appelé décompte général définitif.

Il était mentionné qu'il était établi " à titre conservatoire en attente du jugement de la cour administrative d'appel " qui était saisie d'un précédent litige portant sur les mêmes pénalités.

Mais aucun autre document n'a été présenté par maître d'œuvre postérieurement à la décision de la Cour.

[NDLA : CAA de Nantes, 16 octobre 2009, n° 09NT00156, qui annule le titre de recette, car non libellé au titre de l'UERL ès qualités de mandataire du groupement de maîtres d'œuvre]

Ce projet de décompte, qui n'a pas été modifié par le maître d'ouvrage, **prenait en compte** la créance du maître de l'ouvrage au titre des **pénalités de retard**.

Le maître de l'ouvrage n'avait donc pas à mettre en demeure le maître d'œuvre de produire un autre projet de décompte dans un délai de trois mois en application du troisième alinéa de l'article 12-31 du CCAG-PI, avant d'établir le titre de recettes contesté.

[NDLA : désormais à l'article 11 du CCAG-PI approuvé par l'arrêté NOR: ECEM0912503A du 16 septembre 2009, au 11.8.2, qui fait passer à 45 jours au lieu de 3 mois le délai à partir duquel le pouvoir adjudicateur peut liquider d'office]

2. Les dispositions contractuelles prévoyaient que le délai de vérification du projet de décompte final et l'établissement du décompte général des [entrepreneurs] est fixé à vingt jours à compter de l'accusé de réception du document ou du récépissé de remise, et appliquait des **pénalités en cas de retard dans la vérification de ce décompte**.

[NDLA : désormais, l'article 5 du décret n° 2013-269 du 29 mars 2013 « relatif à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique » prévoit un délai

d'« intervention » du maître d'œuvre ou du prestataire lorsque « l'intervention conditionne le paiement des sommes dues », donc en l'espèce pour les opérations de vérification des demandes de paiement des entrepreneurs de travaux et d'établissement des décomptes, qui « ne peut excéder quinze jours ». Selon cet article, il revient à la personne publique de rédiger le contrat du prestataire en y incluant des clauses de pénalités en cas de retard dans cette intervention et précisant qu'elle dispose de la faculté d'effectuer ou de faire effectuer, après mise en demeure, les prestations aux frais du cotraitant défaillant].

Selon ces dispositions, le montant des pénalités journalières de retard, y compris les dimanches et les jours fériés, est fixé à 1/3 000 du montant du décompte général. En application de l'article 13.41 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux, auquel se réfèrent les dispositions contractuelles de ce marché, le montant du décompte général est égal au résultat de la récapitulation des acomptes mensuels et du solde.

[NDLA : idem au 13.41 du CCAG-Travaux approuvé par l'arrêté NOR: ECEM0916617A du 8 septembre 2009].

Il résulte de ces stipulations que le montant du décompte général **inclut l'ensemble des sommes auxquelles peut prétendre l'entrepreneur** du fait de l'exécution du marché.

Pour le calcul des **pénalités encourues par le maître d'œuvre** à raison de retards dans la vérification des décomptes présentés par les titulaires des marchés de travaux des lots concernés, le maître de l'ouvrage a retenu à bon droit le **montant total des travaux** figurant au décompte général de chacun des lots concernés, et non l'état du solde.

► **Commentaire de Dominique Fausser :**

Malheureusement pour lui, le maître d'œuvre était un peu fâché avec la sémantique et la procédure administrative.

Déjà, il a produit pour ses propres prestations « un décompte général définitif », la Cour lui faisant remarquer au passage que ce n'est pas le terme approprié.

En effet, selon le CCAG-PI, le prestataire produit comme support pour toute demande de paiement et indistinctement :

- un « projet de décompte », dans sa version approuvée du décret n° 78-1306 du 26 décembre 1978,

- une « demande de paiement », depuis la version approuvée par l'arrêté NOR: ECEM0912503A du 16 septembre 2009.

Puis, il a établi « à titre conservatoire en attente du jugement de la cour administrative d'appel » qui comprenait les pénalités dont il contestait le recouvrement (au passage on notera qu'une Cour administrative d'appel ne rend pas des jugements, mais des arrêts), projet de décompte qu'il n'a pas ensuite rectifié après l'arrêt de la Cour.

Cet arrêt en question, CAA de Nantes 16 octobre 2009, n° 09NT00156, avait annulé le titre de recettes émis directement au nom personnel de l'intéressé et pas au nom de l'EURL ès qualités de mandataire du groupement. Mais ce type d'arrêt qui ne porte pas sur le fond de la créance est souvent une victoire à la Pyrrhus, puisque comme elle le pouvait, la Commune, maître de l'ouvrage a réémis un nouveau titre au nom de l'EURL.

Comme entre-temps le maître de l'ouvrage n'avait toujours pas modifié son décompte, la Cour a estimé que le rendu de l'arrêt purgeait le projet de décompte de sa réserve, le maître d'œuvre n'ayant même pas pensé à en formuler un nouveau en substitution.

Par ailleurs, il ne revient pas à un exécutant de marché public, quel que soit le type ou la génération CCAG qui régit le contrat, de faire ressortir des pénalités sur ses propres demandes de paiement. C'est au pouvoir adjudicateur d'en établir la justification en appui de l'ordre de paiement qu'il adressera à son comptable public, et donc en déduction de la demande de paiement de l'entreprise.

Cette solution est logique, l'entreprise n'ayant pas elle-même tous les éléments d'application de ses propres pénalités et en outre, n'étant guère encline à le faire spontanément. Les pénalités constituent des mesures coercitives dont l'application est du seul ressort du pouvoir adjudicateurs.

Mais surtout, cela ressort, en l'espèce, de la codification du Code général des collectivités territoriales à l'article D. 1617-19, modifié par le décret n° 2007-450 du 25 mars 2007 qui liste les pièces justificatives de paiement, à la « Rubrique 4. Marchés publics » et à ses annexes.

Ce texte organise la production séparée d'un « Etat liquidatif des pénalités de retard encourues par le titulaire du marché lorsque leur montant est déduit par l'ordonnateur sur les paiements. »

Dans son annexe C, sur les mentions à produire sur les mémoires et factures par les entreprises, y compris en marchés publics, on ne trouvera aucune mention de pénalité, mais uniquement les rabais, remises, ristournes ou acomptes. Par contre, en annexe D qui concerne les énonciations devant figurer sur le procès-verbal ou le certificat administratif pour le paiement d'un acompte (et logique identique en cas de solde) et qui sont à établir par la collectivité publique, on trouve bien « Les pénalités de retard applicables au titulaire (cf. décompte ci-joint) ; »

Il en est de même pour l'Etat, l'instruction codificatrice NOR : BCR Z 11 00042 J n° 11-017-B du 22 août 2011 portant nomenclature des pièces justificatives des dépenses de l'Etat appuyé des annexes A et B au contenu analogue de celles susvisées du CGCT et qui organise également la production d'un « Etat liquidatif des pénalités de retard » qui ne peut être par définition que de la responsabilité de l'autorité publique chargée de la liquidation de la dépense.

Un tel état liquidatif ne peut, par définition, n'être que de la responsabilité de l'autorité publique chargée de la liquidation de la dépense, la liquidation étant l'un des éléments de l'ordonnancement de la dépense du seul ressort de l'ordonnateur public au sens des règles de la comptabilité publique organisées par le décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique qui dispose :

« Article 28

Avant d'être payées, les dépenses sont engagées, liquidées et, le cas échéant, ordonnancées.

[...]

Article 30

La liquidation a pour objet de vérifier la réalité de la dette et d'arrêter le montant de la dépense.

Elle est faite au vu des titres établissant les droits acquis aux créanciers.»

Donc, au vu des demandes de paiement du prestataire (« titres établissant les droits acquis aux créanciers »), la personne publique se doit de « vérifier la réalité de la dette et d'arrêter le montant de la dépense » et si besoin, elle doit alors dresser à cette occasion l'état liquidatif des pénalités en justification de la déduction du paiement.

Dans cette affaire, on doute que le maître d'œuvre ait eu de lui-même l'initiative d'inclure ses propres pénalités dont il en contestait déjà l'application.

Les services municipaux lui ont probablement calculées et demandé de les inclure dans son décompte sous la menace erronée d'un refus de paiement.

Certes, un tel comportement des services municipaux serait fautif si l'on considère qu'il a concouru au préjudice du maître d'œuvre. Mais hélas, apparemment l'action contentieuse a été engagée sur le seul terrain de la responsabilité contractuelle de la Commune (l'application du contrat), et non aussi sur sa responsabilité extracontractuelle (les fautes de comportement). Une telle action qui n'a pas été engagée devant le tribunal administratif serait alors apparue comme nouvelle devant la Cour administrative d'appel et n'est plus susceptible de se rattacher à cette procédure contentieuse y compris ensuite en cas d'éventuelle action en cassation devant le Conseil d'Etat.

Si le maître d'œuvre dispose des éléments matériels pour prouver cette éventuelle faute de comportement des services municipaux, une nouvelle action en responsabilité extracontractuelle paraît encore recevable devant le tribunal administratif, la déchéance quadriennale ne paraissant pas encore échue.

Mais quoi qu'il en soit, même si la responsabilité extracontractuelle de la commune est reconnue, l'indemnisation du maître d'œuvre selon la jurisprudence classique a peu de chance de dépasser les 50 % du préjudice du fait qu'en sa qualité de maître d'œuvre, architecte œuvrant en appui des pouvoirs adjudicateurs, il est réputé être un professionnel et donc connaître les textes précités.

En outre, en cas d'une telle action nouvelle, l'assiette même du calcul des pénalités, telle qu'elle a été validée en force jugée par le présent arrêt, serait opposable au maître d'œuvre, sauf à ce qu'une action en cassation du présent soit aussi engagée devant la Conseil d'Etat sur ce point.

En effet, le deuxième volet de cette affaire concerne des projets de « décomptes généraux », produits par les entrepreneurs de travaux dont le maître d'œuvre suivait l'exécution de leur marché.

Là aussi, le maître d'œuvre n'avait pas aussi saisi la subtilité sémantique de ce terme de décompte général tel qu'il est défini à l'article 13.41 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux CCAG-travaux et a été retenu dans le calcul de l'assiette des pénalités de retard de leur vérification organisée par son marché.

Un montant du décompte général est égal au résultat de la récapitulation des acomptes mensuels et du solde et inclut l'ensemble des sommes auxquelles peut prétendre l'entrepreneur du fait de l'exécution du marché.

Donc, il ne faut pas confondre le montant du décompte général (le constat de la totalité des sommes qui ont été dues à l'entrepreneur) et l'état du solde du décompte (la somme finale déduite de l'ensemble des paiements déjà effectués).

Comme le marché de maîtrise d'œuvre appliquait contractuellement des pénalités de retard de vérification calculées sur le décompte général et non sur le solde du décompte général comme l'avait compris le maître de l'ouvrage, les pénalités peuvent devenir très conséquentes, alors même que le solde peut être à zéro ou même faire ressortir une restitution au profit du pouvoir adjudicateur.

Ainsi, même si le retard de la vérification ne pouvait en aucun cas induire des intérêts moratoires à devoir par le maître de l'ouvrage en cas de solde nul ou négatif, le maître d'œuvre se retrouvait à subir des intérêts de retards basés sur

une assiette énorme, à savoir le cout total des marchés de travaux.

La rédaction de cette clause aboutit à une application de pénalité que l'on peut aisément qualifier d'excessive.

Certes, le juge dispose de pouvoir de modération de telles pénalités au sens de la jurisprudence désormais bien établie par l'arrêt du Conseil d'Etat, 29 décembre 2008, n° 296930, *OPHLM de Puteaux c/ SARL société Serbois*, publié au Recueil Lebon :

« il est loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché ».

Mais encore faut-il que le juge ait été « saisi de conclusions en ce sens » pour statuer. Or étonnamment, il ressort des moyens produits par le défenseur du maître d'œuvre requérant qu'il en serait resté uniquement sur le seul terrain de l'interprétation littérale du contrat, sans même solliciter du juge une modération des pénalités du fait de leur caractère excessif.

*

**

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028572173>

Cour administrative d'appel de Nantes
N° 12NT00302

Inédit au recueil Lebon
4ème chambre

M. LAINE, président, M. Bernard MADELAINE, rapporteur, M. GAUTHIER, rapporteur public
THOUROUDE, avocat

Lecture du vendredi **24 janvier 2014**

REPUBLIQUE FRANCAISE - AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu la requête, enregistrée le 3 février 2012, présentée pour **l'E.U.R.L. Michel G.**, dont le siège est situé SARL MGI La Tondière à Fleury (50800), par Me Thouroude, avocat au barreau de Caen ; l'E.U.R.L. Michel G. demande à la cour :

1°) d'annuler le jugement n° 1100568 du 1er décembre 2011 par lequel le tribunal administratif de Caen a rejeté sa demande tendant à l'annulation du titre de recettes du 12 janvier 2011 par lequel le maire de la commune de Villers-Bocage a mis à sa charge le paiement de la somme de 16 177,34 euros au titre de pénalités de retard afférentes à l'exécution d'un marché de maîtrise d'oeuvre ;

2°) d'annuler ce titre exécutoire et de la décharger du paiement de la somme de 16 177,34 euros qui lui est réclamée ;

3°) de mettre à la charge de la commune de Villers-Bocage le versement d'une somme de 3 000 euros sur le fondement des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

elle soutient que :

- les stipulations de l'article 12-31 du CCAG-PI n'ont pas été respectées ;
- le tribunal a fait une inexacte application de l'article 13-41 du CCAG applicable aux marchés de travaux : les pénalités de retard doivent être calculées sur le solde dû et non sur le montant total du marché ;

Vu le jugement attaqué ;

Vu le mémoire en défense, enregistré le 13 mars 2012, présenté pour la **commune de Villers-Bocage**, représentée par son maire, par Me Lejard, avocat au barreau de Caen ;

la commune conclut :

- au rejet de la requête ;
- à ce que soit mise à la charge de l'EURL Michel G. la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

elle soutient que :

- la procédure prévue à l'article 12-31 du CCAG-PI a été respectée ;
- l'assiette de calcul des pénalités est conforme aux textes applicables ;

Vu le mémoire en réplique, enregistré le 7 juin 2012, présenté pour **l'E.U.R.L. Michel G.**, qui maintient ses conclusions et moyens ;

Vu le courrier en date du 1er octobre 2013 adressé aux parties en application de l'article R. 611-11-1 du code de justice administrative ;

Vu l'ordonnance en date du 7 novembre 2013 portant clôture immédiate de l'instruction en application de l'article R. 613-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de justice administrative ;

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 6 janvier 2014 :

- le rapport de M. Madelaine, faisant fonction de premier conseiller,
- les conclusions de M. Gauthier, rapporteur public,
- et les observations de MeB..., substituant Me Thouroude, pour l'EURL Michel G. ;

1. Considérant que l'EURL Michel G. relève appel du jugement du 1er décembre 2011 par lequel le tribunal

administratif de Caen a rejeté sa demande tendant à l'annulation du titre de recettes du 12 janvier 2011 par lequel le maire de la commune de Villers-Bocage a mis à sa charge le paiement de la somme de 16 177,34 euros au titre de **pénalités de retard afférentes à l'exécution d'un marché de maîtrise d'oeuvre**, qu'il a conclu avec cette commune le 25 juin 2002, pour la réhabilitation de son hôtel de ville ;

2. Considérant, en premier lieu, qu'aux termes de l'**article 12-31 du cahier des clauses administratives générales " Prestations intellectuelles "** (CCAG-PI) applicables au marché en cause : "*Après réception, selon les stipulations du chapitre V, des prestations faisant l'objet du marché, ..., le titulaire doit adresser à la personne responsable du marché le projet de décompte correspondant aux prestations fournies / Le montant du décompte est arrêté par la personne responsable du marché ; si celle-ci modifie le projet de décompte présenté par le titulaire, elle lui notifie le décompte retenu. / Si le projet de décompte, malgré une mise en demeure formulée par la personne responsable du marché, n'a pas été produit dans un délai de trois mois à partir de la réception des prestations, la personne publique est fondée à procéder à la liquidation sur la base d'un décompte établi par ses soins. Celui-ci est notifié au titulaire "* ;[

3. Considérant qu'il résulte de l'instruction que **L'EURL Michel G. a adressé à la commune** de Villers-Bocage le 11 février 2009 un projet de décompte des prestations effectuées, improprement appelé décompte général définitif ; que s'il était mentionné qu'il était établi "*à titre conservatoire en attente du jugement de la cour administrative d'appel de Nantes "*, saisie d'un précédent litige portant sur les mêmes pénalités, il est constant qu'aucun autre document n'a été présenté par la requérante postérieurement à la décision de la cour ; que ce projet de décompte, qui n'a pas été modifié par le maître d'ouvrage, prenait en compte la créance de la commune de Villers-Bocage au titre des pénalités de retard ; que, par suite, la requérante n'est pas fondée à soutenir que le maire de cette commune devait, en application du troisième alinéa de l'article 12-31 précité du CCAG-PI **la mettre en demeure de produire un autre projet de décompte** dans un délai de trois mois avant d'établir le titre de recettes contesté ;

4. Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 3.2.2.1 du **cahier des clauses administratives particulières du marché** : "*Le **déla**i de vérification du projet de décompte final et l'établissement du décompte général est fixé à **vingt jours** à compter de l'accusé de réception du document ou du récépissé de remise "* et qu'aux termes de l'article 3.2.2.2 du même document contractuel : "*En cas de retard dans la vérification de ce décompte, le maître d'oeuvre encourt, sur ses créances, des pénalités dont le montant par jours de retard, y compris les dimanches et les jours fériés, est fixé à 1/3 000 du montant du décompte général "* ; qu'en application de l'article 13.41 du **cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés de travaux**, auquel se réfère l'article 3.2.2 du cahier des clauses administratives particulières, **le montant du décompte général est égal au résultat de la récapitulation des**

acomptes mensuels et du solde ; qu'il résulte de ces stipulations que **le montant du décompte général inclut l'ensemble des sommes auxquelles peut prétendre l'entrepreneur du fait de l'exécution du marché** ;

5. Considérant qu'il s'ensuit que c'est à bon droit que, pour le calcul des pénalités encourues par le maître d'oeuvre à raison de retards dans la vérification des décomptes présentés par les titulaires des marchés de travaux des lots n° 5, 6, 9 et 13, la commune de Villers-Bocage a retenu le **montant total des travaux figurant au décompte général de chacun des lots concernés, et non l'état du solde** ;

6. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que l'EURL Michel G. n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Caen a rejeté sa demande ;

Sur les conclusions tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

7. Considérant que les dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative font obstacle à ce que soit mise à la charge de la commune de Villers-Bocage, qui n'est pas la partie perdante dans la présente instance, la somme dont l'EURL Michel G. demande le versement au titre des frais exposés et non compris dans les dépens ; qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par la commune de Villers-Bocage sur le même fondement ;

DÉCIDE :

Article 1er : La requête de l'E.U.R.L. Michel G. est rejetée.

Article 2 : Les conclusions de la commune de Villers-Bocage tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Le présent arrêt sera notifié à l'E.U.R.L. Michel G. et à la commune de Villers-Bocage.