

Conseil d'État, 17 mars 2014, n° 372102, CCI de Guyane **** Décision commentée

E-RJCP - version 2 mise en ligne le 16 septembre 2014

Thèmes :

- Procédure préalable d'admission en cassation.
- Principe de confidentialité ne s'appliquant pas aux médiations conventionnelles.
- Cour administrative d'appel ayant suffisamment motivé son arrêt en ne répondant pas au moyen tiré par le pouvoir adjudicateur que l'entrepreneur ne pouvait prétendre à une indemnisation pour des travaux supplémentaires dès lors qu'il ne justifiait aucunement avoir alerté le maître de l'ouvrage ni émis des réserves ou réclamé des avenants en cours de chantier au titre des travaux en cause.
- Mais admission des conclusions du pourvoi dirigées contre l'arrêt attaqué en tant qu'il s'est prononcé sur la capitalisation des intérêts.

Résumé :

NDLA : arrêt suffisant condensé pour ne pas être résumé - voir le résumé de l'arrêt Cour administrative d'appel de Bordeaux, 11 juillet 2013, n° 09BX00135, *Sté Clemessy*, ici validé par le Conseil d'Etat sauf en ce qui concerne la capitalisation des intérêts.

► **Commentaire de Dominique Fausser :**

L'article 131-14 du code de procédure civile dispose que : « *Les constatations du médiateur et les déclarations qu'il recueille ne peuvent être ni produites ni invoquées dans la suite de la procédure sans l'accord des parties, ni en tout état de cause dans le cadre d'une autre instance* ».

L'apport jurisprudentiel de cet arrêt rendu en procédure préalable d'admission en cassation, est qu'il confirme la solution retenue par la CAA : l'article 131-14 du code de procédure civile qui organise le caractère non invocable en cours de procédure des constatations et déclarations qui auraient été recueillies en cours de médiation ne s'applique pas aux médiations qui n'ont pas été ordonnées par la juridiction judiciaire.

L'expertise qui avait été rendue par le contrôleur technique lors de la médiation qui s'est déroulée en cours de chantier et qui a échoué pouvait donc être prise en compte par la juridiction administrative.

Quant à l'indemnisation des travaux qui ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art, l'argument du pouvoir adjudicateur selon lequel l'entrepreneur « *ne justifiait aucunement avoir alerté le maître de l'ouvrage ni émis des réserves ou*

réclamé des avenants en cours de chantier au titre des travaux en cause » est inopérant et ne nécessitait par que la CAA s'y arrête.

La Cour a suffisamment motivé son arrêt en affirmant que cette indemnisation est due même sans ordre de service ou avenant (CE, 14 juin 2002, n° 219874, *Ville d'Angers*, et sa longue suite jurisprudentielle), indemnisation qui, rappelons le, s'applique également au sous-traitant (CE, 24 juin 2002, n° 240271, *Département de la Seine-Maritime*) comme aux maîtres d'œuvre (CE, 10 février 2014, n° 365828, *Sté Arc Ame*, mon commentaire dans E-RJCP mis en ligne le 18 mars 2014).

Il paraît néanmoins utile d'apporter quelques nuances à ce principe.

Sa justification me paraît être fondée sur les différentes versions du CCAG - Travaux, l'article 15.2.1 du CCAG - Travaux de 2009 (15.21 dans sa version de 1976) qui font obligation à l'entrepreneur « *de mener à son terme la réalisation des ouvrages faisant l'objet du marché, quelle que soit l'importance de l'augmentation du montant [« de la masse » dans le CCAG de 1976] des travaux* ».

Mais le CCAG de 2009, dans le même esprit que dans sa version de 1976, organise une limitation à cette obligation : « *sous réserve de l'application des dispositions de l'article 15.4* », dispositions selon lesquelles :

« 15.4. *Le titulaire est tenu d'aviser le maître d'œuvre, un mois au moins à l'avance, de la date probable à laquelle le montant des travaux atteindra leur montant contractuel.*

15.4.1. *Si le titulaire n'avise pas le maître d'œuvre dans le délai fixé à l'alinéa précédent, il est tenu d'arrêter les travaux à la date où le montant exécuté atteint le montant contractuel. Les travaux qui sont exécutés au-delà du montant contractuel ne sont pas payés.*

15.4.2. *Dix jours au moins avant la date probable mentionnée au premier alinéa, le maître d'œuvre notifie au titulaire, s'il y a lieu, par ordre de service, la décision d'arrêter les travaux prise par le représentant du pouvoir adjudicateur.*

15.4.3. *Lorsque les travaux exécutés atteignent leur montant contractuel, si l'ordre de service du maître d'œuvre n'a pas été notifié dans le délai mentionné à l'alinéa précédent, le titulaire poursuit les travaux, dans la limite des plafonds fixés à l'article 15.3. Lorsque les travaux exécutés atteignent ces plafonds, le titulaire en arrête l'exécution. Les travaux qui sont exécutés au-delà des plafonds ne sont pas payés.*

15.4.4. *Les mesures conservatoires à prendre à l'arrêt du chantier, décidées par le maître d'œuvre, sont à la charge du maître de l'ouvrage. »*

Ce n'est donc pas les paiements des travaux supplémentaires indispensables et réalisés dans les règles de l'art qui sont en eux-mêmes à soumettre au maître d'œuvre pour décision du maître de l'ouvrage, au titre du dépassement du « montant des travaux » (de la « masse des travaux » sous l'ancien CCAG) :

CE, 4 juillet 2012, n°343539, Commune de Quinéville :
« *Considérant qu'aux termes de l'article 15.4 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux alors en vigueur : " Lorsque la masse des travaux exécutés atteint la masse initiale, l'entrepreneur doit arrêter les travaux s'il n'a pas reçu un ordre de service lui notifiant la décision de les poursuivre prise par la personne responsable du marché (...)./ A défaut d'ordre de poursuivre, les travaux qui sont exécutés au-delà de la masse initiale ne sont pas payés (...)" ; que ces stipulations ne font pas obstacle à l'indemnisation de tels travaux réalisés sans ordre de service du maître de l'ouvrage, dès lors qu'ils sont indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art ; »*

(Idem : CAA de Nantes, 4 octobre 2000, n° 97NT01110, *Sté Sentribac*)

Mais ces travaux par leur immanquable effet de supplément de coût, sauf avenant de moins-value compensatoire de retrait d'autres travaux, feront qu'à brève ou longue échéance le montant des travaux réalisés atteindra le montant marché avant l'achèvement de l'ouvrage, même si à ce stade de constatation du dépassement il ne resterait plus que des travaux initialement prévus au marché à achever.

Il est cependant à noter que l'article 15 des CCAG - travaux de 1976 et 2009 comportent une subtilité d'importance.

« CCAG de 1976 :

Article 15 Augmentation dans la masse des travaux

15.1. Pour l'application du présent article et de l'article 16, la " masse " des travaux s'entend du montant des travaux à l'entreprise, évalués à partir des prix de base définis au 11 de l'article 13, en tenant compte éventuellement des prix nouveaux, définitifs ou provisoires, fixés en application de l'article 14.

La " masse initiale " des travaux est la masse des travaux résultant des prévisions du marché, c'est-à-dire du marché initial éventuellement modifié ou complété par les avenants intervenus.

Dans le cas d'un marché à tranches conditionnelles, la " masse " et la " masse initiale " des travaux définies ci-dessus comprennent, outre le montant des tranches fermes, ceux des tranches conditionnelles dont l'exécution a été décidée. »

CCAG de 2009 :

Article 15 - Augmentation du montant des travaux

15.1. Le « montant des travaux » s'entend du montant des travaux évalués, au moment de la décision d'augmentation ou de diminution du montant des travaux, à partir des prix initiaux du marché définis à l'article 13.1.1, en tenant compte éventuellement des prix nouveaux, fixés en application de l'article 14.3 ou devenus définitifs en application de l'article 14.5.

[Renumérotation du 14.4 en 14.5 par l'arrêté du 3 mars 2014]

Le « montant contractuel des travaux » est le montant des travaux résultant des prévisions du marché, c'est-à-dire du marché initial éventuellement modifié par les avenants intervenus.

15.2. Dans le cas d'un marché à tranches conditionnelles, le « montant » et le « montant contractuel » des travaux définis ci-dessus comprennent, outre le montant de la tranche ferme, celui des tranches conditionnelles dont l'exécution a été décidée. »

Si « le montant » effectif (« la masse » dans l'ancien CCAG) des travaux réalisés comprend ceux y compris effectués sur « prix d'attente » (« prix provisoires » dans l'ancien CCAG) délivrés par ordre de service du maître d'œuvre et acceptés tacitement ou non par l'entrepreneur, le seuil du « montant contractuel des travaux » (la « masse initiale » dans l'ancien CCAG) auquel il doit être comparé pour vérifier l'atteinte du montant des travaux qui s'accompagne du nécessaire préavis d'un mois à émettre par l'entrepreneur ne s'attache quant à lui qu'au montant du marché d'origine augmenté de ses éventuels avenants acceptés par les deux parties, et donc pas aux prix nouveaux, ni d'attente, ni acceptés tacitement sans avenant.

CAA de Lyon, 5 mai 2011, n° 09LY01239, SOCIÉTÉ EIFFAGE TP

« *Considérant qu'il résulte de ces stipulations que, pour calculer la masse initiale des travaux, doivent être retenus les prix initiaux du marché ou les prix nouveaux sur lesquels un accord est intervenu entre la personne responsable du marché et l'entrepreneur ; qu'en revanche, ni les travaux supplémentaires faisant objet d'une discussion, ni des prix nouveaux n'ayant pas fait l'objet d'un accord ne peuvent être retenus ; qu'ainsi, la somme fixée par l'expert au titre de l'augmentation de la prestation de suivi du creusement du fait de l'allongement de la durée des travaux ne peut pas être prise en compte pour le calcul de la masse initiale des travaux, pas plus que la revalorisation de certains prix initiaux en vue de tenir compte du surcoût lié à la rencontre de sujétions imprévues ; qu'il suit de là, qu'à la date à laquelle l'entreprise titulaire du marché de travaux a interrompu leur exécution, la masse initiale n'avait pas encore été atteinte ; que la circonstance que le dépassement de la masse des travaux eût été inéluctable n'était pas de nature à justifier l'arrêt des travaux par la société à cette date ».*

Arrêt cassé partiellement par le Conseil d'État, 16/11/2011, n° 350682, mais sur le fait que la CAA

avait écarté l'indemnisation dans le cas d'espèce estimant les travaux non indispensables et pas sur ce point de problématique que le CE a totalement passé sous silence.

Reste à savoir si les prix des travaux indispensables réalisés par l'entrepreneur dans les règles de l'art concourent au « montant des travaux » visé au 15.1 du CCAG de 2009 (« la masse des travaux » au sens du CCAG de 1976).

Ce point est d'importance, car si ces travaux supplémentaires indispensables menés dans les règles de l'art concourent à la masse ou au montant, l'entrepreneur qui omet son préavis d'atteinte du montant ou de la masse pourra alors voir refuser le paiement des travaux au-delà du montant contractuel, et peu importe alors si l'origine du dépassement du montant contractuel est due ou non à ces travaux indispensables réalisés dans les règles de l'art, ou à des travaux sur prix nouveaux ordonnés par le maître d'œuvre.

Le CCAG de 1976 est silencieux sur la question, ce qui d'ailleurs n'est guère étonnant puisque le principe jurisprudentiel d'indemnisation des travaux indispensables menés dans les règles de l'art lui a été postérieur.

Le CCAG de 2009 comprend une précision, « évalués, au moment de la décision d'augmentation ou de diminution du montant des travaux », mais qui ne lève pas complètement l'ambiguïté en prenant une formulation indirecte (décision, mais prise par qui ?) ; devons-nous inclure la décision de l'entreprise de réaliser ces travaux supplémentaires indispensables alors même qu'elle n'a pas été communiquée au maître d'œuvre ?

Déjà sous l'égide du CCAG de 1976, un arrêt de la CAA de Nancy tend à faire de ces travaux supplémentaires, un élément de la masse (du montant) des travaux réalisés, le maître de l'ouvrage saisi par ce préavis d'atteinte de la masse contractuelle (du montant contractuel) devant alors prendre une décision sans équivoque d'arrêter les travaux pour que cette décision puisse prendre effet :

CAA de Nancy, 28 octobre 2013, n^{os} 12NC00534 et 12NC01162, OPH du Jura :

« Considérant qu'aux termes de l'article 15.4 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux alors en vigueur : " Lorsque la masse des travaux exécutés atteint la masse initiale, l'entrepreneur doit arrêter les travaux s'il n'a pas reçu d'ordre de service lui notifiant la décision de les poursuivre prise par la personne responsable du marché (...)./ A défaut d'ordre de poursuivre, les travaux qui sont exécutés au-delà de la masse initiale ne sont pas payés (...) " ;

que ces stipulations ne font pas obstacle à l'indemnisation de tels travaux réalisés sans ordre de service du maître de l'ouvrage, dès lors qu'ils sont indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art ; qu'il résulte de l'instruction que par courrier du 9 novembre 2009, la SARL Gentelet a informé l'OPH du Jura de son obligation de suspendre les travaux eu égard à l'importance du dépassement du montant initial du marché ; qu'en réponse, le 12 novembre 2009, l'OPH du Jura lui a indiqué qu'en pareil cas, il prendrait " toutes les mesures qui [lui] appartiennent à [son] rencontre ", confirmant ainsi, implicitement mais nécessairement, la nécessité de poursuivre les travaux au sens des stipulations de l'article 15.4 précitées ; qu'il résulte des attachements, des factures et des projets de décompte, non contestés, que le montant des travaux supplémentaires litigieux s'élève à 69 900,96 euros TTC et que l'OPH du Jura n'est, par suite, pas fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Besançon a fait droit aux conclusions de la requérante sur ce point ; »

Quand on y pense, la solution est logique, car le maître de l'ouvrage a son mot à dire concernant les dépassements du montant contractuel. Si l'adoption d'avenants implique que le pouvoir adjudicateur ait prévu leur financement nécessaire, ce n'est pas le cas des suppléments de coûts qui résulteraient de prix nouveaux délivrés unilatéralement par ordre de service du maître d'œuvre ou des travaux indispensables réalisés à l'initiative de l'entrepreneur. Le montant effectivement réalisés des travaux atteignant celui du marché avec ses avenants, il est donc normal que le maître de l'ouvrage puisse décider d'arrêter définitivement le chantier avant l'achèvement de l'ouvrage, ou de décider de l'ajournement du chantier en l'attente de recherche de financement complémentaire et de budgétisation de ce surcoût.

Dans ce contexte jurisprudentiel qui n'est pas encore réellement stabilisé, l'entrepreneur a donc tout intérêt à veiller au respect de cette formalité de préavis, dès qu'il est amené à réaliser des travaux supplémentaires, en considérant que ces travaux supplémentaires indispensables font partie du montant des travaux au sens du CCAG de 2009.

On peut aussi regretter que les rédacteurs du CCAG de 2009 n'en aient pas profité pour éclaircir ce point essentiel dans l'équilibre économique du contrat, et j'invite les acheteurs publics à inclure dans leur CCAP une disposition visant à le faire.

Quant à la capitalisation des intérêts évoquée dans cette affaire, le motif d'admission de la cassation n'est pas spécifié, mais il est probable que la Cour administrative d'appel l'ait appliqué sans demande de l'entrepreneur requérant, alors qu'un tel moyen ne peut être soulevé d'office par le juge.

*

**

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000028740742>

Conseil d'État

N° 372102

Inédit au recueil Lebon

7ème sous-section jugeant seule

M. Vincent Montrieux, rapporteur

M. Gilles Pellissier, rapporteur public

SCP LYON-CAEN, THIRIEZ ; SCP CELICE, BLANCPAIN, SOLTNER, avocats

Lecture du lundi 17 mars 2014

REPUBLIQUE FRANCAISE - AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Vu le pourvoi sommaire et le mémoire complémentaire, enregistrés les 11 septembre et 6 décembre 2013 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, présentés pour la **chambre de commerce et d'industrie de Guyane**, dont le siège est place de l'Esplanade BP 49 à Cayenne (97 321) ; la chambre de commerce et d'industrie de Guyane demande au Conseil d'Etat :

- 1°) d'annuler l'**arrêt n° 09BX00135 du 11 juillet 2013** par lequel la cour administrative d'appel de Bordeaux, sur la requête de la société Clemessy tendant à la condamnation de la chambre de commerce et d'industrie de Guyane à verser à cette dernière la somme de 632 377,45 euros augmentée des intérêts moratoires en exécution des lots nos 16 et 20 du marché public de travaux portant sur la reconstruction de l'aérogare de Cayenne-Rochambeau, après expertise, en premier lieu, l'a condamnée à verser à la société Clemessy la somme globale de 409 517,71 euros en sus des prix prévus aux marchés, somme augmentée des intérêts moratoires et de leur capitalisation, en deuxième lieu, a mis à sa charge les frais de l'expertise liquidés à la somme de 7 595,80 euros TTC, et, en dernier lieu, a rejeté le surplus des conclusions des parties ;
- 2°) réglant l'affaire au fond, de rejeter les demandes de la société Clemessy ;
- 3°) de mettre à la charge de la société Clemessy le versement de la somme 4 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu le code civil ;

Vu le code des marchés publics ;

Vu le code de procédure civile ;

Vu le code de justice administrative ;

Après avoir entendu en séance publique :

- le rapport de M. Vincent Montrieux, Maître des Requêtes en service extraordinaire,
- les conclusions de M. Gilles Pellissier, rapporteur public ;

La parole ayant été donnée, avant et après les conclusions, à la SCP Célice, Blancpain, Soltner, avocat de la chambre de commerce et d'industrie de Guyane ;

1. Considérant qu'aux termes de l'**article L. 822-1 du code de justice administrative** : " *Le pourvoi en cassation devant le Conseil d'Etat fait l'objet d'une procédure préalable d'admission. L'admission est refusée par décision juridictionnelle si le pourvoi est irrecevable ou n'est fondé sur aucun moyen sérieux* " ;

2. Considérant que, pour demander l'annulation de l'arrêt attaqué, **la chambre de commerce et d'industrie de Guyane soutient** que la cour administrative d'appel de Bordeaux a commis une erreur de droit et insuffisamment motivé son arrêt en estimant que **le principe de confidentialité ne s'appliquait pas aux**

médiations conventionnelles et en refusant d'écartier le rapport de l'expert fondé sur le rapport de l'Apave résultant d'une médiation conventionnelle ; que la cour a insuffisamment motivé son arrêt en ne répondant pas au moyen tiré de ce que le maître d'oeuvre aurait dû être appelé dans le cadre de l'expertise ; que la cour a insuffisamment motivé son arrêt en **ne répondant pas** au moyen tiré de ce que la société Clemessy ne pouvait prétendre à une indemnisation pour des travaux supplémentaires dès lors qu'elle ne justifiait aucunement avoir alerté le maître de l'ouvrage ni émis des réserves ou réclamé des avenants en cours de chantier au titre des travaux en cause ; qu'en indemnisant la société Clemessy du préjudice subi en raison de **l'allongement de la durée du chantier**, sans rechercher si ce préjudice n'avait pas déjà été indemnisé lors de **l'évaluation des travaux supplémentaires**, la cour a commis une erreur de droit et insuffisamment motivé son arrêt ; qu'en accordant à la société Clemessy la capitalisation des intérêts à une date antérieure à la date à laquelle elle l'avait demandée pour la première fois, la cour a commis une erreur de droit et dénaturé les pièces du dossier ;

3. Considérant qu'eu égard aux moyens soulevés, **il y a lieu d'admettre les conclusions du pourvoi qui sont dirigées contre l'arrêt attaqué en tant qu'il s'est prononcé sur la capitalisation des intérêts** ; qu'en revanche, **s'agissant des autres conclusions du pourvoi, aucun des moyens soulevés n'est de nature à permettre leur admission** ;

DECIDE :

Article 1er : Les conclusions du pourvoi de la chambre de commerce et d'industrie de Guyane qui sont dirigées contre l'arrêt attaqué en tant qu'il s'est prononcé sur la capitalisation des intérêts sont admises.

Article 2 : Le surplus des conclusions du pourvoi de la chambre de commerce et d'industrie de Guyane n'est pas admis.

Article 3 : La présente décision sera notifiée à la chambre de commerce et d'industrie de Guyane.

Copie en sera adressée pour information à la société Clemessy.