

Les difficultés d'exécution dont le maître d'ouvrage doit répondre

Les principes dégagés par les arrêts *Région Haute-Normandie* et *Tonin* en matière de responsabilité du maître d'ouvrage ne règlent pas toutes les difficultés pouvant se poser dans le cadre de l'exécution des marchés publics. En outre, les premières applications jurisprudentielles démontrent certaines variations d'interprétation.

Auteur

Rachel Cattier

Avocate of counsel, AdDen avocats

Alizée Scaillierez

Avocate, AdDen Nouvelle-Aquitaine

Références

CAA Bordeaux 15 mars 2018, Communauté de communes Cœur du Bocage, req. n° 15BX01915
 CAA Nancy 20 mars 2018, SNC Inéo Enersys, req. n° 16NC01822
 CAA Douai 5 avril 2018, Société SPIE Batignolles TPCI, req. n° 16DA00329
 CAA Paris 10 avril 2018, Société Imaginal, req. n° 16PA00341
 CAA Bordeaux 26 avril 2018, Société Eiffage TPSO, req. n° 15BX02295
 CAA Paris 12 juin 2018, Société SAVPRO, req. n° 17PA00910
 CAA Bordeaux 29 juin 2018 Centre hospitalier de Rochefort, req. n° 15BX01212

Mots clés

Difficultés d'exécution • Fautes • Marché à forfait • Sujétions imprévues • Travaux supplémentaires

Depuis quelques années déjà, le régime de la responsabilité du maître d'ouvrage en matière d'exécution des marchés publics de travaux se renouvelle, notamment par l'effet des deux jurisprudences *Région Haute-Normandie*⁽¹⁾ et *Tonin*⁽²⁾. Ces arrêts ont marqué une nette rupture avec ce que le rapporteur public Bertrand Dacosta a désigné comme la politique du « guichet unique » qui semblait alors présider, aboutissant à rendre le maître d'ouvrage responsable de faits, notamment dans le déroulé du chantier, sur lesquels il n'avait que peu d'influence. Ces arrêts présentent également l'intérêt de cadrer les fondements sur lesquels les titulaires de marchés de travaux conclus à forfait peuvent rechercher la responsabilité du maître d'ouvrage, ce qui clarifie aussi le rôle de ce dernier.

Le considérant de principe dégagé par ces arrêts ne répond cependant pas à toutes les questions que posent les difficultés d'exécution des marchés, tandis que les premières applications jurisprudentielles démontrent certaines variations d'interprétation, notamment sur la notion de faute du maître d'ouvrage.

Les principes établis et les interrogations en suspens

Le considérant de principe dégagé par l'arrêt « Tonin » énonce que « les difficultés rencontrées dans l'exécution

[1] CE 5 juin 2013, req. n° 352917 : *Rec. CE tables*.

[2] CE 12 novembre 2015, req. n° 384716 : *Rec. CE tables*.

d'un marché à forfait ne peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché que dans la mesure où celle-ci justifie soit que ces difficultés trouvent leur origine dans des sujétions imprévues ayant eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat soit qu'elles sont imputables à une faute de la personne publique commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre, en particulier dans le cas où plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux publics ». Une de ses idées fortes est de ne rendre le maître d'ouvrage responsable que de ses propres fautes.

Ce considérant de principe interroge cependant sur deux points : le régime applicable aux marchés qui ne comprennent pas, ou pas que, des prix forfaitaires et la définition des difficultés d'exécution indemnifiables.

Le marché à forfait : et les autres ?

Les règles dégagées par l'arrêt *Tonin* ne s'appliquent, en principe, qu'aux marchés à forfait⁽³⁾.

Bien entendu, le caractère forfaitaire du prix est parfois indéniable : le marché l'énonce clairement et le prix n'a qu'une seule nature, forfaitaire⁽⁴⁾.

Mais comment traiter les difficultés d'exécution rencontrées dans les marchés mixtes, c'est-à-dire les marchés qui comprennent à la fois des prix forfaitaires et des prix unitaires ? Cette question mérite une réponse nette : en l'état des enseignements de la jurisprudence, les règles d'indemnisation des marchés conclus à forfait et celles des marchés à prix unitaires ne sont pas tout à fait les mêmes. La différence essentielle tient à ce que lorsqu'elles se rencontrent dans le cadre de marchés à prix unitaires, les sujétions imprévues sont en principe indemnifiables sans qu'il soit nécessaire qu'elles aient bouleversé l'économie du marché⁽⁵⁾.

(3) De travaux mais aussi de services d'ailleurs : ce considérant a été appliqué à un marché de maîtrise d'œuvre [CAA Lyon 26 avril 2018, Société BEA Pistilli, req. n° 16LY00136].

(4) Voir par exemple pour une qualification indiscutable de marché à forfait : CAA Marseille 12 février 2018, Société Eiffage Travaux Publics Méditerranée, req. n° 16MA03603.

(5) CE 13 mai 1987, Société Citra-France, req. n° 35374 : *Rec. CE tables* – voir également pour des rappels récents du principe CE 27 septembre 2006, Société GTM Construction, req. n° 269925 – ou encore CAA Marseille 19 décembre 2011, Société Bec Frères et autres, req. n° 08MA04141.

Quant à la faute du maître d'ouvrage, à l'exclusion de celle des tiers, on perçoit moins de différence : si le juge semble réserver la responsabilité du maître d'ouvrage aux faits qui lui sont imputables dans le cadre des marchés à prix unitaires, sans évoquer le terme de « faute » [CAA Paris 3 mars 2015 Société Bouygues Travaux publics, req. n° 10PA01307], le principe devrait à terme être expressément aligné, les caractéristiques du prix unitaire n'empêchant pas que le maître d'ouvrage ne soit responsable que de ses propres fautes.

Or, de nombreux marchés comprennent à la fois des prix forfaitaires et des prix unitaires. Dans ces hypothèses, comment déterminer la nature du prix d'un marché mixte, c'est-à-dire comprenant les deux types de prix ? Et comment apprécier le bouleversement de l'économie d'un marché mixte : en tenant compte du montant de la seule partie forfaitaire du marché, ou en y incluant l'estimation de la partie rémunérée par des prix unitaires ?

Devant un marché comprenant un forfait annuel pour les prestations de maintenance et des prestations réglées sur commande par des prix unitaires, la cour administrative d'appel de Paris a rappelé tout à la fois le considérant de principe applicable aux marchés à forfait ainsi que le considérant de principe relatif aux règlements partiels dans les marchés à bons de commande⁽⁶⁾, avant de régler les litiges liés à des factures non payées, établies sur la base des prix unitaires du marché, en déterminant pour chacune les quantités réellement exécutées⁽⁷⁾. Cette jurisprudence pourrait être interprétée comme traitant de manière différenciée chacune des parties du marché, mais elle est trop peu explicite pour trancher la question.

La cour administrative de Bordeaux semble avoir proposé une autre solution : assimiler les règles d'indemnisation des difficultés d'exécution des marchés à prix unitaires à celles dégagées pour les marchés à forfait. Dans le cadre d'un marché conclu à prix unitaires, la cour administrative d'appel de Bordeaux a ainsi subordonné l'indemnisation des sujétions imprévues à la démonstration d'un bouleversement de l'économie du marché⁽⁸⁾.

Cette dernière solution méconnaît cependant la nature même, les raisons d'être de ces deux catégories de prix : le forfait couvre l'aléa d'exécution, au contraire du prix unitaire, qui est appliqué aux quantités réellement exécutées. Interdire l'indemnisation des sujétions imprévues qui n'ont pas bouleversé l'économie du marché conclu à prix unitaires conduirait les professionnels à provisionner le risque auquel ils se trouveraient alors exposés en augmentant lesdits prix unitaires, comme les pratiques constatées, à juste titre d'ailleurs, pour les prix forfaitaires. L'intérêt du prix unitaire est pourtant d'être au plus près de la valeur de la prestation, au contraire du forfait, qui est certain, mais qui est augmenté d'une part dédiée à la provision des aléas qu'il est supposé couvrir.

D'autres solutions devraient permettre de conserver leur nature à ces deux types de prix. Déterminer des règles de qualification d'un marché n'apparaît pas souhaitable : aucun marché mixte ne pourrait alors exister, la nature du prix principal supprimant celle de l'autre, de telle sorte que les parties se verraient empêcher de choisir de panacher les prix et les équilibres indemnitaires en découlant. Une autre piste consisterait à appli-

(6) CE 3 octobre 2012, Société Eiffage, req. n° 348476.

(7) CAA Paris 12 juin 2018, Société SAVPRO, req. n° 17PA00910.

(8) CAA Bordeaux 15 juillet 2016, Société ASA Réunion, req. n° 15BX04090.

quer des principes d'indemnisation différents aux parties forfaitaire et unitaire d'un même marché, ce qui leur permettrait de conserver leurs caractéristiques.

Les difficultés d'exécution : une notion nouvelle aux contours indéfinis

La notion de « difficulté d'exécution » indemnisable est également nouvelle. Elle semble exhaustive : l'indemnisation de l'entrepreneur titulaire d'un marché à forfait ne peut être envisagée qu'en cas de sujétions imprévues ayant bouleversé l'économie du marché ou de faute commise par le maître d'ouvrage. Ce n'est pourtant pas tout à fait le cas.

D'abord, le considérant de l'arrêt *Tonin* n'évoque pas le sujet des travaux supplémentaires, alors que le Conseil d'État a confirmé ensuite qu'ils demeurent indemnisables dès lors qu'ils ont été commandés par ordre de service du maître d'ouvrage ou même sans ordre de service, s'ils ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage^[9]. Ces travaux supplémentaires constituent pourtant des difficultés d'exécution que l'entrepreneur rencontre, puisqu'il doit réaliser des travaux qui n'étaient pas prévus initialement pour pouvoir achever l'ouvrage.

Ensuite, le maintien de certaines théories jurisprudentielles liées à l'exécution des marchés de travaux reste une question. Par exemple, certaines décisions des juges du fond rendus depuis semblent intégrer l'imprévision aux sujétions imprévues visées par le considérant de principe de *Tonin*, qui ne sont effectivement plus qualifiées de « techniques ». Ainsi, le juge administratif d'appel de Bordeaux a considéré que la hausse des prix de l'acier, représentant 7,4 % du montant du marché, n'en a pas bouleversé l'économie et ne peut donc pas être indemnisée sur le fondement de l'imprévision^[10]. Le juge administratif d'appel de Marseille, au visa du considérant *Tonin*, retient que les retards invoqués n'étaient pas extérieurs aux parties pour écarter la situation d'imprévision évoquée en demande^[11]. Si elle n'était pas établie dans ces espèces, le juge semble continuer de vérifier si les conditions de l'imprévision sont réunies.

De prochaines décisions répondront peut-être à ces questions, qui ne sont pas sans conséquences pour la pratique des marchés publics et leurs contentieux.

Les déclinaisons concrètes du nouvel encadrement des difficultés d'exécution des marchés

Après les arrêts *Région Haute Normandie* et *Tonin*, on constate que les juges du fond maintiennent une appréhension exigeante des sujétions imprévues tout comme

les conditions d'indemnisation des travaux supplémentaires restent inchangées, sous réserve de quelques rappels et innovations utiles. Dans le même temps, la ligne d'appréciation de ce que constitue une faute du maître d'ouvrage est en cours de construction et le juge offre au requérant des voies de recours pour intégrer au contentieux les autres intervenants, qui doivent désormais répondre directement de leurs propres fautes.

Les sujétions imprévues

Outre les questions déjà évoquées relatives à l'inclusion de l'imprévision dans les sujétions imprévues et au traitement des marchés mixtes ou conclu à prix unitaires, les sujétions imprévues demeurent définies comme celles « présentant un caractère exceptionnel et imprévisible et dont la cause est extérieure aux parties^[12], qui ont eu pour effet de bouleverser l'économie générale du marché ».

Très récemment, en cohérence avec les jurisprudences antérieures, plusieurs décisions ont témoigné de l'exigence du juge sur le caractère imprévisible et exceptionnel de la sujétion. Il a ainsi été jugé que des « conditions géologiques plus défavorables que prévues » ne suffisent pas à établir le caractère « imprévisible » des aléas rencontrés^[13]. De la même façon, la présence de réseaux à proximité de la voirie ne constitue pas une sujétion imprévisible et exceptionnelle, d'autant qu'ils étaient identifiés par les plans fournis pas le concessionnaire^[14]. Par une jurisprudence intéressante, le juge administratif d'appel de Douai invite les parties à tenir compte également du contexte et de la nature de leur projet : par exemple, la mise en œuvre d'un processus novateur rend prévisible et non extérieur aux parties l'allongement de la durée du marché^[15].

L'appréciation de la sujétion imprévue demeure donc stable.

Les travaux supplémentaires

Comme déjà évoqué ci-dessus, le Conseil d'État a confirmé que les travaux supplémentaires demeurent indemnisables même après l'arrêt *Tonin*^[16]. Les règles sont inchangées : le titulaire d'un marché, conclu à prix unitaire ou forfaitaire, peut donc obtenir indemnisation des travaux supplémentaires qu'il a réalisés lorsqu'ils ont été commandés par ordre de service ou lorsque,

[9] CE 20 décembre 2017 Société Poulingue, req. n° 401747

[10] CAA Bordeaux 26 avril 2018, Société Eiffage TPSO, req. n° 15BX02295.

[11] CAA Marseille 27 mars 2017, ACML, req. n° 15MA00976.

[12] CE 30 juillet 2003, Commune de Lens, req. n° 223445 – CE 4 février 2015 VNF, req. n° 357016.

[13] CAA Douai 5 avril 2018, Société SPIE Batignolles TPCL, req. n° 16DA00329.

[14] CAA Bordeaux 30 novembre 2017, Département de la Haute-Garonne et Société Guintoli, req. n° 15BX04247.

[15] CAA Douai 10 novembre 2016, SARL Bio'logic, req. n° 15DA00038.

[16] CE 20 décembre 2017, Société Poulingue, req. n° 401747 : *Rec. CE tables* – CE 13 mai 2015, Sociétés Gallego et Tensol, req. n° 380863.

même non commandés, ils ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art.

Plusieurs décisions ont rappelé que les travaux supplémentaires ne peuvent pas correspondre à des prestations prévues par le marché. Ainsi, le juge vérifie si la prestation supplémentaire dont l'entrepreneur demande à être indemnisé est bien une prestation « hors marché » qui n'a pas été prévue par les parties – à défaut, la prestation est comprise dans les prix du marché^[17]. Si des prestations supplémentaires ont bien été réalisées, elles ne seront indemnisées que si la preuve est rapportée de leur réalisation comme de leur caractère indispensable^[18].

Enfin, une innovation utile : le Conseil d'État a récemment défini les conditions dans lesquelles le maître d'ouvrage peut appeler son maître d'œuvre à le garantir du paiement des travaux supplémentaires, en circonscrivant cependant cette responsabilité aux conséquences strictement imputables à leur omission^[19].

La faute du maître d'ouvrage

Pour rappel, seule une faute imputable^[20] au maître d'ouvrage est susceptible d'engager sa responsabilité^[21]. Et, il est constant que les juridictions considèrent que

les faits non fautifs du maître d'ouvrage n'entraînent aucun droit à indemnisation^[22].

L'appréciation de ce qui constitue une faute du maître d'ouvrage déterminera l'étendue de la responsabilité que peuvent encourir les personnes publiques maîtres d'ouvrage. Or, des décisions récentes vont dans le sens d'une exigence forte faite aux maîtres d'ouvrage dans la maîtrise des conditions d'exécution de leurs marchés. La cour administrative d'appel de Douai a ainsi relevé que « le fait [pour le maître d'ouvrage] de n'avoir pu prescrire les mesures propres à éviter que le chantier prenne un retard préjudiciable aux entreprises », constitue une faute du maître d'ouvrage « dans le contrôle et la direction de l'opération » de nature à ouvrir droit à une indemnisation^[23]. La cour de Nancy a quant à elle estimé que le maître d'ouvrage a commis une faute en ne validant qu'avec d'importants retards les devis du titulaire, et ce indépendamment de la présence d'une équipe de maîtrise d'œuvre et d'un assistant à maîtrise d'ouvrage^[24].

Si *Tonin* a pour but d'éviter l'effet « guichet unique » propre à rendre le maître d'ouvrage responsable de toutes les difficultés d'exécution des marchés, et ainsi ne pas le rendre responsable des inerties de ses autres contractants, ces jurisprudences ne correspondent pas tout à fait à cet esprit.

Les fautes commises par les autres intervenants

S'agissant des autres intervenants, le titulaire du marché qui estime qu'il a subi un préjudice en raison d'une faute commise par un tiers (autre que le maître d'ouvrage) doit désormais directement rechercher sa responsabilité contractuelle ou quasi-délictuelle, ce qui suppose qu'il ne s'agit plus pour le maître d'ouvrage d'appeler en garantie d'autres intervenants, mais bien pour le titulaire de rechercher directement la responsabilité d'autres personnes privées. Le Conseil d'État a admis la recevabilité de ces conclusions présentées par le titulaire d'un marché devant lui et tenant à l'engagement de la responsabilité délictuelle d'autres intervenants ayant participé à la même opération de travaux

[17] Par exemple, le raccordement dont un entrepreneur demandait indemnisation était une prestation prévue par le marché faisant obstacle à sa demande (CAA Lyon 20 juillet 2017 Société Acquadro Favier construction, req. n° 15LY01748), ou encore la modification de plans était une prestation à la charge du prestataire aux termes d'un marché, faisant obstacle à son traitement en qualité de prestation supplémentaire (CAA Paris 10 avril 2018, Société Imaginal, req. n° 16PA00341).

[18] CAA Paris 12 juin 2018, req. n° 17PA00910 : « le devis ne prévoyait que la pose de 12 diffuseurs sonores et que si la société Savpro faisait valoir que 16 ont été en réalité remplacés car 4 étaient inefficients, elle n'établissait ni ces remplacements supplémentaires, ni leur caractère indispensable ».

[19] CE 20 décembre 2017, Société Poulingue, req. n° 401747 : Rec. CE tables.

[20] Et cette faute doit être établie par le requérant (CAA Nantes 2 novembre 2016, Société SNEF, req. n° 14NT01228).

[21] Si l'entreprise exerce son recours contre le maître d'ouvrage, elle ne pourra être indemnisée que si elle établit des sujétions imprévues ou une faute commise par le maître de l'ouvrage, elle ne peut pas invoquer une faute du maître d'œuvre : CAA Lyon 20 juillet 2017, Société Acquadro Favier construction, req. n° 15LY01748 - voir en ce sens également : CE 6 janvier 2016, Société Eiffage construction Alsace Franche-Comté, req. n° 383245 : l'entreprise invoquant des manquements imputables à un autre entrepreneur et au maître d'œuvre.

[22] C'est, par exemple le cas, dans l'hypothèse du non-respect d'un planning de travaux dépourvu de valeur contractuelle (CAA Nancy 27 décembre 2016, Société Eiffage Métal, req. n° 15NC02562) – ou encore CAA Bordeaux 29 juin 2018 Centre hospitalier de Rochefort, req. n° 15BX01212 : en l'espèce, l'appel incident de l'entreprise requérante tendait à obtenir l'indemnisation de la part du maître d'ouvrage du préjudice résultant de l'allongement de la durée du chantier. La cour retient pour sa part que « le retard d'exécution du chantier ne résulte pas d'une démission du maître de l'ouvrage mais est principalement la conséquence de la défaillance de la société Eurelec Aquitaine, en charge du lot n°19 [...] ».

[23] CAA Douai 9 novembre 2017, SAS PNSA, req. n° 15DA00265.

[24] CAA Nancy 20 mars 2018, SNC Inéo Enersys, req. n° 16NC01822.

publics^[25]. Attention cependant, cette jurisprudence ne joue pas dans le cas où le titulaire est lié au tiers par un contrat de droit privé (par exemple un contrat de sous-traitance) : le juge judiciaire reste compétent pour connaître des demandes indemnitaires du titulaire présentées sur un terrain contractuel.

Les principes régissant les conditions d'indemnisation des difficultés d'exécution rencontrées dans les marchés publics sont ainsi en cours de rénovation. On peut se demander si la méthode jurisprudentielle est la plus efficace, puisqu'elle suppose, décision après décision, de constater les divergences d'interprétation avant de les harmoniser. La pratique des travaux publics ne s'inscrit pas tout à fait dans le même rythme et se satisfait de règles claires et certaines, ce qui reste encore à parfaire.

[25] CE 5 juillet 2017, Sociétés Eurovia Champagne-Ardenne et a., req. n° 396430 : Rec. CE tables - CAA Bordeaux 15 mars 2018, Communauté de communes Cœur du Bocage, req. n° 15BX01915.