

Résiliation d'un marché aux frais et risques de l'entrepreneur

Lire les conclusions de :

Camille Vinet

Conclusions du rapporteur public

DÉCISION DE JUSTICE

CAA Lyon, 4ème chambre – N° 10LY01501 – Société Axima Seitha – 15 décembre 2011 – C+ [↗](#)

Arrêt annulé en cassation : voir CE - 15 novembre 2012 - N° 356832 Société Axima Concept - B et CE - 23 novembre 2016 - N° 392227 – Hospices civils de Beaune

INDEX

Mots-clés

Décompte général; Résiliation du contrat, Frais et risques de l'entrepreneur, Article 49.4 du CCAG travaux

Rubriques

Marchés et contrats

Résumé Conclusions du rapporteur public

Résumé

DECISION CE

¹ Marchés et contrats administratifs - Fin des contrats - Résiliation - Décompte général d'un marché résilié - Article 49.4 du CCAG travaux - Report du décompte général - Règlement définitif du nouveau marché - Champ d'application - Résiliations régulières - Conséquences - Possibilité de saisir le juge du contrat afin de faire constater le caractère infondé de la résiliation et de demander le règlement des sommes dues - Existence

² Les dispositions de l'article 49.4 du cahier des clauses administratives générales (CCAG) travaux, selon lesquelles le décompte général d'un marché résilié n'est notifié à l'entrepreneur qu'après règlement définitif du nouveau marché passé pour l'achèvement des travaux, ne sont applicables que lorsque le marché a été régulièrement résilié. Elles ne font pas obstacle à ce que, sous réserve que le contentieux soit lié, le cocontractant dont le marché a été résilié à ses frais et risques saisisse le juge du contrat afin de faire constater l'irrégularité ou le caractère infondé de cette résiliation et de demander, de ce fait, le règlement des sommes qui lui sont dues, sans attendre le règlement définitif du nouveau marché après, le cas échéant, que le juge du contrat a obtenu des parties les éléments permettant d'établir le décompte général du marché résilié.

ARRET CAA Lyon : annulé

³ En cas de résiliation d'un marché aux frais et risques de l'entrepreneur, le règlement du marché ne peut intervenir avant que le marché de substitution conclu avec une autre entreprise n'ait été exécuté et réceptionné et que le décompte général de ce marché ne soit devenu définitif. Ni la circonstance que la résiliation serait irrégulière ou infondée, ni celle qu'en l'absence de notification du marché de substitution l'entrepreneur ne saura être tenu de supporter le paiement des dépenses supplémentaires résultant dudit marché, ne sont de nature à faire obstacle à ce que le décompte général du marché résilié ne soit notifié à l'entrepreneur qu'après règlement définitif du nouveau marché passé pour l'achèvement des travaux. En conséquence, la requête indemnitaire de l'entrepreneur est irrecevable jusqu'au règlement définitif du nouveau marché.

Conclusions du rapporteur public

Camille Vinet

Rapporteur public à la cour administrative d'appel de Lyon

DOI : [10.35562/alyoda.5924](https://doi.org/10.35562/alyoda.5924)

¹ En 2002, les Hospices civils de Beaune ont souhaité réorganiser leur service des urgences. Un nouveau bâtiment devait être construit au sein du centre hospitalier Philippe Lebon, relié à l'ancien bâtiment. Le marché fut divisé en 23 lots, dont le lot n° T2 « chauffage, ventilation, climatisation », confié à la société Axima, aujourd'hui Axima Seitha, pour un montant de 1 165 000 € HT. Le lot n° T1 « plomberie » lui était également confié mais n'est pas en litige dans la présente instance. La maîtrise d'œuvre était confiée à un groupement composé de la société Groupe 6, société d'architectes, du bureau d'études techniques OTRA et de la société TECSET, économiste. Le bureau de contrôle retenu était l'APAVE, et l'OPC était la société Ingedia.

² Il était prévu que les travaux devraient être achevés au 31 décembre 2003, mais des difficultés sont apparues qui firent obstacle à ce que cette date soit respectée. Notamment, un différend survint avec la société Axima, l'exécution de ses prestations n'étant pas jugée conforme aux prestations contractuellement prévues.

³ Par une décision du 18 décembre 2003, les hospices civils résilièrent son marché à ses frais et risques, avec effet au 22 décembre 2003. Le 31 décembre 2003, la SA Axima établissait un document intitulé « projet de décompte final », notifié au maître de l'ouvrage le 17 août 2004, dans lequel elle réclamait le paiement d'une somme de 3 742 203, 87 € TTC.

⁴ Les hospices civils de Beaune passèrent un marché de substitution avec la société Cegelec et ne donnèrent pas suite à cette demande, estimant notamment que son décompte ne pourrait être établi qu'après que le marché de la société Cegelec ait fait l'objet d'un règlement définitif.

⁵ Après l'achèvement des opérations de l'expertise ordonnée en 2004, la société Axima a, le 16 novembre 2006, saisi le Tribunal administratif de Dijon d'une demande tendant à la condamnation des Hospices civils de Beaune à lui verser la somme précitée.

⁶ Elle relève appel du jugement par lequel le Tribunal administratif de Dijon a rejeté sa demande.

⁷ Vous écarterez tout d'abord les moyens tirés de l'irrégularité du jugement attaqué : le tribunal administratif n'avait pas l'obligation de rouvrir l'instruction, quand bien même la date à laquelle a été notifié le dernier mémoire produit avant clôture ne permettait pas d'y

répondre avant la date d'effet de celle-ci. Cela n'empêchait pas la société Axima de produire postérieurement à la clôture si elle l'estimait nécessaire, ce qu'elle a d'ailleurs fait. Le tribunal a pris connaissance de ce mémoire et a estimé qu'il n'y avait pas lieu de rouvrir l'instruction en l'absence d'éléments nouveaux n'ayant pu être discutés, et sur lesquels il serait susceptible de se fonder.

8 Il n'y a là aucun manquement au principe du contradictoire.

9 Par ailleurs, le jugement n'est entaché ni d'omission à statuer ni d'insuffisance de motivation : le tribunal administratif a jugé que la décision de résiliation avait été irrégulièrement prise, en raison de l'absence de notification à la société Axima du marché de substitution. Dès lors, il n'était pas nécessaire qu'il examine les autres moyens tirés de l'irrégularité de la résiliation.

10 Sur le fond, vous devrez tout d'abord vous interroger sur la possibilité pour la société Axima Seitha, dont le marché a été résilié à ses frais et risques, d'en demander le règlement alors que le solde du marché de substitution n'a pas encore été établi.

11 L'article 49.4 du CCAG Travaux applicable au marché litigieux prévoit, en effet, qu'en cas de résiliation aux frais et risques de l'entrepreneur, il est passé un marché avec un autre entrepreneur pour l'achèvement des travaux, et que, par exception aux dispositions du 42 de l'article 13, le décompte général du marché résilié ne sera notifié à l'entrepreneur qu'après règlement définitif du nouveau marché passé pour l'achèvement des travaux.

12 Cette stipulation se justifie par le fait que l'article 49.6 du même document prévoit que les excédents de dépense découlant de la passation et l'exécution du nouveau marché seront à la charge de l'entrepreneur dont le marché a été résilié.

13 En l'espèce, il résulte de l'instruction que le marché de substitution passé avec la société Cegelec n'a pas encore fait l'objet d'un règlement définitif.

14 Cependant, nous ne pensons pas que cela fasse obstacle à ce que la société Axima demande le paiement de sommes au titre de l'exécution de son marché.

15 Tout d'abord, il résulte de la jurisprudence que l'absence de notification du décompte général ne fait pas obstacle au règlement de différends financiers entre le maître de l'ouvrage et son cocontractant.

16 Ainsi, dans le cas où la procédure d'établissement du décompte n'a en aucune manière été suivie, l'entreprise n'ayant pas présenté de projet de décompte final et le maître de l'ouvrage n'ayant pas établi le décompte, le Conseil d'État juge que le différend les opposant doit

être regardé comme un différend survenu directement, au sens des stipulations de l'article 50-22 du CCAG-Travaux, entre la personne responsable du marché et l'entrepreneur.

17 Dans cette hypothèse, l'entreprise doit avoir adressé une réclamation préalable à la personne responsable du marché dans les délais prévus par ces dispositions. V. CE 25 juin 2004, Me Hervouet, n° 228528, B., aux conclusions de D. Piveteau.

18 V. également, s'agissant des dispositions proches prévues dans le CCAG Fournitures courantes et de services : CE 31 mai 2010, OPH de la communauté urbaine de Strasbourg, n° 313184, B.

19 Et s'agissant du CCAG-PI : CE 17 mars 2010, Cne d'Algolsheim, n° 310079, B.

20 Dans le cas où, au contraire, la procédure d'établissement du décompte a été, au moins partiellement, suivie, le Conseil d'État juge que l'entreprise qui a établi un projet de décompte final resté sans suite, est recevable à saisir le juge si elle a adressé au maître de l'ouvrage une mise en demeure d'établir le décompte.

21 V. CE 20 décembre 1989, G., n° 77564, A.

22 Et CE 14 mai 2008, Société CSM Bessac, n° 288622, B.

23 Autrement dit, la seule règle qu'il semble nécessaire de respecter est celle de la liaison du contentieux, que ce soit par un début de discussion sur le décompte ou bien par une réclamation préalable sur tout ou partie des éléments de celui-ci.

24 Notons que, par ailleurs, un constructeur peut être appelé en garantie par le maître de l'ouvrage à l'occasion d'un litige l'opposant à un autre cocontractant, alors même que le solde de son décompte n'a pas encore été établi. V. CE 5 juillet 2010, Commune de Dijon, n° 314089, C.

25 Ainsi que l'affirmait B. Dacosta dans ses conclusions sur une affaire « Saint-Rémy-sur-Durolle » (CE 17 mars 2010, n° 0319563, A), il n'existe pas de contradiction insurmontable entre le principe de l'unicité du décompte général et la possibilité qu'un litige se noue préalablement à son établissement.

26 En l'espèce, la société Axima a établi un projet de décompte final et, par un courrier du 7 novembre 2006, a mis en demeure la personne responsable du marché d'établir le décompte général de son marché, laquelle, dès le 9 novembre, a refusé d'accéder à cette demande au motif qu'il y avait lieu d'attendre le règlement définitif du marché de substitution.

27 Devant vous comme devant le Tribunal administratif, les hospices de Beaune se prévalent des dispositions de l'article 49.4 du CCAG pour soutenir que la demande d'établissement du décompte de la société

Axima est prématurée.

28 Il nous semble que ces stipulations peuvent, en effet, être de nature à faire obstacle à l'établissement du décompte de la société dont le marché a été résilié à ses frais et risques.

29 C'est en tous cas que vous pouvez déduire, a contrario, de la décision du Conseil d'État du 24 novembre 2010, n° 330648, SIAEP des communes de Sioule et Morge, n° 0330648, B qui confirme l'arrêt que vous aviez rendu sur cette affaire.

30 D'après cette décision, le maître de l'ouvrage ne peut se prévaloir des stipulations de l'article 49.4 du CCAG s'il peut être regardé comme ayant renoncé à leur bénéfice, notamment parce qu'il n'a pas, dans un délai raisonnable, passé de marché de substitution. Nous en déduisons qu'à l'inverse, s'il n'y a pas renoncé, il peut opposer le fait que le règlement définitif du marché de substitution n'étant pas intervenu, il n'est pas encore temps d'établir le décompte.

31 Toutefois, dans ce cas, nous ne pensons pas, eu égard à la jurisprudence précitée, que cela fasse obstacle à ce que le juge se prononce sur certains éléments du décompte, dont il est saisi par une partie qui a préalablement lié le contentieux sur ce point.

32 Autrement dit, soit il est temps d'établir le décompte, et le juge, saisi d'une demande en ce sens d'une des parties, procèdera au règlement définitif du marché.

33 Soit il n'est pas encore temps de l'établir, et les réclamations qui lui sont soumises devront être analysées comme des demandes relatives à des éléments du décompte.

34 Quelle solution doit prévaloir dans le cas où la résiliation ayant été irrégulière, le maître de l'ouvrage ne peut tirer aucune conséquence financière de la passation d'un marché de substitution ?

35 C'est ce que vous devrez trancher en l'espèce, car les hospices civils de Beaune se prévalent expressément des stipulations de l'article 49.4 du CCAG tandis que la société Axima soutient que la résiliation a été irrégulière.

36 La résiliation a, de fait, été irrégulière. Contrairement à ce que prévoient les stipulations de l'article 49.5 du CCAG Travaux, la société Axima n'a pas été mise à même de suivre les travaux objets du marché de substitution au sens qu'a donné à ces stipulations la jurisprudence du Conseil d'État.

37 Il en résulte qu'il ne suffit pas de communiquer à la société dont le marché a été résilié le nom du nouvel attributaire du marché, mais qu'il faut, en outre, lui notifier le marché passé, dès le début de son

exécution, et la mettre à même d'en effectuer le suivi. *V., par exemple, CE 7 mars 2005, Sté d'Études et Entreprise d'équipements, n° 241666, C*, aux conclusions de N. Boulouis.

38 Ainsi, contrairement à ce que soutiennent les Hospices civils de Beaune, la circonstance que la société Axima ait eu connaissance du nom de l'attributaire du marché de substitution et ait continué à être présente sur le chantier au titre de l'autre lot dont elle assurait l'exécution, ne peut suffire à établir le respect des stipulations de l'article 49.5 du CCAG Travaux, dès lors qu'il n'est pas contesté que le marché de substitution ne lui a pas été notifié.

39 Du fait de cette irrégularité qui n'était plus rattrapable, les Hospices civils de Beaune se sont définitivement privés de la possibilité de mettre à la charge de la société Axima les surcoûts résultant de l'exécution de ce nouveau marché.

40 Toutefois il nous semble que cette constatation ne doit avoir que des conséquences de fond, c'est-à-dire sur le bien-fondé des sommes qui seraient éventuellement réclamées à la société Axima au titre de la procédure de passation, et non sur la procédure d'établissement du décompte, dans la mesure où le fait de s'être privé de la possibilité offerte par l'article 49.6 du CCAG ne nous paraît pas équivaloir à une renonciation au bénéfice des stipulations de l'article 49.4.

41 Nous vous proposons donc de considérer que vous êtes saisis d'un différend sur des éléments du décompte.

42 Signalons que si vous retenez la solution inverse et estimez qu'il y a lieu d'établir le décompte du marché, les hospices civils de Beaune, qui ne présentent devant vous aucune conclusion reconventionnelle, seront privés de la possibilité d'imputer sur la rémunération de la société Axima des pénalités de retard, ainsi qu'ils en avaient manifesté l'intention en première instance.

43 Quoi qu'il en soit, la demande de la société Axima devant le tribunal administratif nous paraît avoir été recevable. Nous vous proposons de statuer au fond sur ses conclusions.

44 Précisons en premier lieu que le caractère irrégulier de la résiliation n'ouvre aucun droit à indemnisation en soi. Il n'a d'autre conséquence que celle, que nous avons déjà énoncée, de priver le maître d'ouvrage de la possibilité de mettre à la charge de la société Axima les surcoûts liés à la passation d'un nouveau marché.

45 Seul le caractère infondé de la résiliation peut ouvrir droit à une indemnisation de ce chef de la société Axima. *V. CE 25 novembre 1994, Sté Mastelloto et autres, n° 85341, B*, aux conclusions de M. Daël.

46 Or il résulte, selon nous, de l'instruction que la résiliation du marché de la société Axima était justifiée au fond.

47 Tout d'abord, la circonstance que la maîtrise d'œuvre ne se soit pas rendu compte tout de suite des non-conformités que présentaient les travaux effectués par la société Axima et ses sous-traitants, ne nous paraît pas de nature à ôter à ces réalisations non conformes le caractère de manquement contractuels.

48 Ensuite, le 18 novembre 2003 au plus tard, la société Axima a été avertie, par un courrier recommandé faisant suite à une réunion du même jour, que les gaines du réseau aéraulique qu'elle mettait en place ne correspondaient pas à la fabrication et la pose prévues au CCTP et étaient refusées. Le 27 novembre 2003, elle était mise en demeure de procéder à la dépose des réseaux aérauliques non conformes et à l'évacuation des gaines stockées sans protection, et invitée à se conformer au CCTP.

49 Si la société a effectivement proposé une solution de remplacement visant à remédier aux problèmes posés par les vis autoforeuses qu'elle avait employées, il résulte notamment du rapport d'expertise que cette solution n'équivalait pas à la garantie, spécifique aux locaux hospitaliers, que prévoyait le CCTP, en excluant toute fixation perforante et ne pouvait, de ce fait, être retenue. C'est donc à juste titre que cette solution a été refusée.

50 Il résulte de l'instruction que la société Axima a poursuivi l'exécution des réseaux litigieux en mettant en place leur calorifugeage recouvrant les fixations non conformes et s'est bornée à évacuer une partie des gaines stockées sans protection.

51 Ainsi, eu égard à son refus de se conformer aux prescriptions contractuelles qui lui avaient été rappelées, la mesure de résiliation prise nous paraît justifiée au fond. V. les stipulations des articles 49.1 et 49.2 du CCAG.

52 Il ne résulte par ailleurs pas de l'instruction que la résiliation ait été prononcée pour des motifs étrangers à la bonne exécution du contrat.

53 La résiliation nous paraissant fondée, les demandes indemnitaires fondées sur les conséquences préjudiciables de la résiliation doivent, dès lors, être rejetées. Pour identifier les postes de préjudice invoqués, vous devrez vous référer au projet de décompte final établi par la société Axima le 31 décembre 2003 car les écritures devant vous ne le permettent pas.

54 Ainsi, vous pourrez rejeter, au motif que la résiliation était fondée, les sommes demandées au titre de la non couverture des charges de la société Axima, c'est-à-dire les sommes demandées au V.1 de son projet de décompte final, et au titre de la perte de marge (V.4.1 du projet de décompte final). Vous pourrez, pour le même motif, rejeter les sommes demandées au titre du préjudice commercial, évalué par la requérante à 2, 5 millions d'euros HT.

55 En ce qui concerne les matériels commandés et non installés, il ne résulte pas de l'instruction que la société Axima aurait été empêchée de les récupérer.

56 Les autres sommes réclamées par la société Axima ne sont pas en lien avec la décision de résiliation. Vous les examinerez donc indépendamment de cette question.

57 La société Axima demande les sommes de 32 333 € HT et 4 437 € HT au titre de la désorganisation du chantier mais elles ne nous paraissent établies ni dans leur montant, ni dans leur principe : il faudrait, pour la requérante, démontrer que le maître d'ouvrage ou les autres constructeurs ont commis des fautes contractuelles à l'origine du préjudice dont elle se prévaut. Mais aucun manquement contractuel n'est caractérisé sur ce point.

58 S'agissant des frais dits de contentieux (V.4.5 du PDF), il n'est pas établi qu'ils auraient été exposés à raison de fautes commises par le maître de l'ouvrage. Nous ne voyons donc pas de raison de le condamner à les prendre en charge.

59 La société Axima demande, par ailleurs, le paiement des sommes correspondant à des prestations réalisées et non encore rémunérées.

60 Il résulte de l'instruction, notamment du rapport d'expertise, que le montant des travaux exécutés jusqu'à la date de résiliation du marché par la société Axima peut être fixé à 540 000 € HT, dont il y a lieu de réduire le montant de 72 220 € HT correspondant aux travaux non conformes aux règles de l'art, qui sont à reprendre, s'agissant des installations hydrauliques non accessibles et des réseaux aérauliques.

61 Le montant des travaux effectués et correspondant aux prestations contractuelles doit donc être fixé à 467 780 € HT.

62 Il résulte de l'instruction que le montant des acomptes versés s'élève à 392 652, 86 € HT. La somme de 75 127, 14 € HT reste donc due à la société Axima Seitha.

63 Pour le reste, la requérante se prévaut de situations comptables qui feraient apparaître un solde de 327 492, 78 € TTC en sa faveur.

64 Toutefois, il ne nous paraît pas démontré que les travaux allégués auraient été effectués et qu'ils correspondraient à des prestations prévues au contrat ou bien demandées par le maître d'œuvre, ou encore indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art.

65 Vous rejetterez les conclusions correspondantes ainsi que, par voie de conséquences, celles relatives aux intérêts afférents à ces situations de travaux.

66 Pour finir, nous n'avons pas trouvé le raisonnement qui conduit la société Axima à demander le paiement d'une somme de 11 140, 70 € HT au titre de l'actualisation des prix. Nous nous vous proposons donc de ne pas faire droit à cette demande.

67 Il résulte de ce qui précède que, si vous nous suivez, vous condamnerez les hospices civils de Beaune à verser à la société Axima la somme de 75 127, 14 € HT, soit 89 852, 06 € TTC.

68 Si vous estimez, comme nous vous le proposons, que vous vous prononcez sur des éléments du décompte, que vous pourrez qualifier d'acomptes, vous vous fonderez, pour déterminer le point de départ des intérêts devant courir sur la somme due, sur les stipulations des articles 11.7 et 13.231 du CCAG Travaux, dont il résulte que l'entrepreneur a droit à des intérêts moratoires si le mandatement de l'acompte intervient au-delà d'un délai fixé par le marché, qui ne peut excéder 45 jours, et courant à compter de la date de remise du projet de décompte par l'entrepreneur au maître d'œuvre. Ici le projet a été présenté au maître de l'ouvrage mais nous pensons que cela ne doit pas faire obstacle à l'application de ces stipulations.

69 Nous n'avons pas vu de délai spécifique prévu dans le marché de la société Axima. Nous vous proposons donc de retenir le délai de 45 jours au-delà duquel les intérêts sont dus.

70 La société Axima a présenté son projet de décompte final le 17 août 2004. Le délai de 45 jours ayant expiré le 1^{er} octobre 2004, les intérêts courent à compter du 2 octobre 2004.

71 Subsidiairement, si vous considérez que vous statuez sur le décompte du marché de la société Axima, vous vous référerez aux stipulations des articles 13.42 et 13.431 du CCAG travaux, et les dispositions du code des marchés publics, dont il résulte que le maître d'ouvrage qui est un établissement hospitalier dispose d'un délai de 50 jours à compter de la notification, par l'entreprise, du projet de décompte final, pour adresser à celle-ci le décompte général du marché. A compter de la notification du décompte général ou, en l'absence d'une telle notification, à compter de l'expiration du délai de 50 jours, le maître d'ouvrage doit procéder au mandatement du solde dans un délai qui, s'agissant d'un marché dont l'exécution contractuelle dépasse six mois, ne peut excéder 60 jours.

72 Les intérêts courront à compter du 5 décembre 2004.

73 Quoi qu'il en soit, le taux qui leur est applicable est celui de l'article 50 de la loi de finances rectificative du 30 décembre 1996, et non celui de l'article 5 du décret du 21 février 2002, applicable aux marchés dont la procédure de consultation ou l'avis d'appel public à la concurrence a été publié postérieurement au 1^{er} mars 2002, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

74 Vous ferez droit à la demande de capitalisation des intérêts à compter
du 14 novembre 2006 et à chaque échéance annuelle ultérieure.

75 Pour finir, vous mettrez à la charge des hospices civils de Beaune la
somme de 28 782, 94 € correspondant aux frais de l'expertise
ordonnée en référé.

76 **Par ces motifs, nous concluons :**

77 - à l'annulation du jugement attaqué.

78 - à la condamnation des hospices civils de Beaune à verser à la
société Axima Seitha la somme de 89 852, 06 €, assortie des intérêts
au taux que nous avons indiqué, à compter du 2 octobre 2004, et de
leur capitalisation à la date du 14 novembre 2006 et à chaque
échéance annuelle ultérieure.

79 - à ce que les frais d'expertise taxés et liquidés à la somme de 28 782,
94 €, soient mis à la charge des HCB.

80 - à la condamnation des HCB à verser la somme de 2 000 € à la
société Axima au titre de l'article L761-1 du code de justice
administrative.

81 - au rejet, dans les circonstances de l'espèce, des autres conclusions
présentées sur ce fondement.

82 Au rejet du surplus des conclusions de la société Axima Seitha.