

Marché de maîtrise d'œuvre : pénalités liées au dépassement de seuil en phase assistance contrat de travaux

Lire les conclusions de :

Marc Dursapt

Conclusions du rapporteur public

DÉCISION DE JUSTICE

CAA Lyon, 4ème chambre – N° 16LY00136 – Ville de Lyon – 26 avril 2018 – C+ [↗](#)

INDEX

Mots-clés

Exécution technique du contrat, Pénalités, Dépassement de seuil en phase assistance contrat de travaux

Rubriques

Marchés et contrats

Résumé Conclusions du rapporteur public

Résumé

¹ Dans le cadre d'un litige relatif à l'exécution d'un marché de maîtrise d'œuvre MOE (travaux de rénovation de la piscine de Vaise à Lyon), dans lequel plusieurs postes étaient débattus pour déterminer le solde du marché, la Cour a confirmé la position du tribunal administratif de Lyon sur le point particulier des pénalités applicables aux marchés de maîtrise d'œuvre.

² Le contrat avait prévu un article 7.4 selon lequel « *l'écart entre le montant des offres des entreprises retenues et le montant du coût prévisionnel des travaux ne peut être supérieur à 4 %* » et que « *si l'écart entre le montant des offres des entreprises mieux-disantes et le coût prévisionnel des travaux ne peut être ramené dans le cadre de la tolérance par une nouvelle consultation des entreprises, tout en respectant le programme initial, le maître d'ouvrage peut décider de la poursuite du projet en acceptant le montant des offres des entreprises. Dans ce cas, le maître d'œuvre se verra appliquer une pénalité égale à 20 % de l'écart entre le montant des offres des entreprises mieux-disantes et le coût prévisionnel des travaux actualisé plafonné à 15 % des éléments de mission exécutés hors indemnité de concours.* ».

³ La Cour administrative d'appel de Lyon, comme le tribunal administratif de Lyon, écarte cette stipulation en se fondant sur les seules dispositions de l'article 30 du décret du 29 novembre 1993, pris pour l'application des articles 9 et 10 de la loi MOP selon lesquelles des décrets en Conseil d'Etat fixent : « *3° Les conditions selon lesquelles les parties déterminent la rémunération prévue à l'article 9 et précisent les conséquences de la méconnaissance par le maître d'œuvre des engagements souscrits sur un coût prévisionnel des travaux.* ».

⁴ La Cour en déduit qu'en cas de dépassement au stade ACP (assistance passation des contrats de travaux) du montant prévisionnel, il n'y a pas lieu comme au stade AOR (lorsque le coût des travaux effectués excède le coût prévisionnel) de réduire la rémunération par l'infliction d'une pénalité qui sanctionne l'erreur de prévision. Au stade de l'ACP, le décret ne prévoit que la possibilité de faire reprendre des études sans rémunération (sans oublier le pouvoir général de résiliation). La liberté contractuelle (argument du maître d'ouvrage MOA : « ce n'est pas interdit... ») ne permet pas de s'écarter du cadre réglementaire qui doit contenir cette liberté. Pour

écarter un moyen du MOA, la Cour juge qu'une telle pénalité n'est pas assimilable à une « clause d'incitation à de meilleurs résultats quantitatifs ou qualitatifs » comme prévu par l'article 30 in fine.

Conclusions du rapporteur public

Marc Dursapt

Rapporteur public à la cour administrative d'appel de Lyon

DOI : [10.35562/alyoda.6452](https://doi.org/10.35562/alyoda.6452)

¹ En 2004 la ville de Lyon a confié la maîtrise d'œuvre de travaux de rénovation de la piscine de Vaise, à un groupement solidaire composé de la société BEA Pistilli, architecte et mandataire, et d'un bureau d'études techniques devenu désormais Egis Industries, pour un montant total de 367 146, 19 € TTC, dont 213 540, 04 pour la sté Pistilli.

² Le décompte général de ce marché a été notifié à la société Pistilli par un courrier du 6 décembre 2010 ; pour ce qui la concerne, il se soldait négativement à la somme de 67 070, 56 € correspondant à des pénalités.

³ Par un mémoire en réclamation du 3 janvier 2011 la sté Pistilli a contesté l'application de ces pénalités à titre principal en faisant valoir que les retards étaient imputables à la ville elle-même et à titre subsidiaire demandait qu'elles soient appliquées à sa cotraitante ; elle sollicitait le versement d'un solde de 78 916, 20 € comprenant 58 366, 20 € de restant du sur le marché et 20 550 € d'études complémentaires relatives au solarium.

⁴ La ville a rejeté cette réclamation le 22 février 2011.

⁵ Le 31 mars 2011 la ville a émis contre la sté Pistilli un titre exécutoire de 67 070, 56 €, somme qui sera ramenée à 5 177, 80 € (outre 155 € de frais d'acte) par un commandement de payer du 6 juillet 2011, tenant compte d'un restant dû par la ville.

⁶ Après vaine tentative de règlement amiable devant le comité consultatif interrégional, la sté Pistilli a saisi le tribunal administratif de Lyon de deux demandes, l'une tendant à la décharge de la somme objet du commandement de payer, l'autre à la condamnation de la ville à lui payer un solde de 82 944 € TTC après annulation des pénalités ou subsidiairement à être garantie de ces pénalités par sa cotraitante.

⁷ Le tribunal a ramené les pénalités de 67 070, 56 à 36 538, 18 € et a arrêté la part du solde revenant à la sté Pistilli à la somme de 21 828, 02 €, de sorte qu'il l'a déchargé de l'obligation de payer la somme de 5 177, 80 € du commandement de payer sur l'annulation duquel il s'est toutefois déclaré incompétent en la forme, à juste titre ; pour les pénalités de 36 358, 18 € qu'il n'a pas annulées, il a condamné la sté Egis à garantir la sté Pistilli à hauteur de 16 208, 33 €.

8 C'est la ville de Lyon qui relève appel principal du jugement en tant qu'il a annulé certaines pénalités et fixé en conséquence le montant du solde du marché à la somme de 21 828, 02 €.

9 La société BEA Pistilli demande, par la voie de l'appel incident la réformation du jugement en tant qu'il n'a pas fait entièrement droit à ses demandes d'effacement des pénalités et de condamnation de la ville à lui verser une rémunération supplémentaire ; en outre, la sté Pistilli forme, à titre subsidiaire, appel provoqué afin d'être entièrement garantie par la société Egis Industries, sa cotraitante.

10 I - Outre que la recevabilité de cet appel provoqué sera subordonnée à l'aggravation en appel de la situation de la sté Pistilli, ce que nous verrons plus loin, la sté Egis y oppose une fin de non-recevoir en invoquant semble-t-il la notion de litige distinct ; mais c'est déjà faire fi de ce que les deux cotraitantes étaient liées par un même contrat à la ville de Lyon et que le litige de 1^{ère} instance portait notamment sur les pénalités et sa propre responsabilité à cet égard mise en cause alors par la requête de sa cotraitante ; d'ailleurs la sté Egis ne vous demande-t-elle pas elle-même d'annuler ab initio les pénalités à la sté Pistilli et au titre desquelles elle a été condamnée à garantir cette dernière ?

11 Si elle peut invoquer tous moyens de nature à établir que la condamnation de sa cotraitante était injustifiée, pour contester la garantie ainsi mise à sa charge et se défendre de l'appel provoqué qui en demande l'extension, elle ne peut pas elle-même contester le jugement en ce qu'il a mis d'abord à la charge de la sté Pistilli les pénalités qu'il a validées ; voyez par analogie au recueil CE 25 juin 1976 Sté Campenon-Bernard n° 87586 ; 94096 ; CE 28 octobre 1977 n° 00791 ; 00870.

12 Et, comme elle n'a jamais fait l'objet de demandes pécuniaires de la ville elle-même ni n'en a présenté contre cette dernière en 1^{ère} instance, ses conclusions tendant à ce que la ville lui verse la somme de 16 208, 33 €, celle-là même dont le tribunal l'a condamnée à garantir la sté Pistilli, sont nouvelles en appel ; de toute façon elles sont avant tout mal dirigées, ce qui les prive de bien fondé.

13 II - Sur le fond du litige entre la ville et la sté Pistilli,

14 1) Voyons en 1^{er} lieu, la pénalité liée au dépassement de seuil en phase ACT :

15 D'un montant de 26 950, 04 €, la ville l'a infligée à la sté Pistilli sur le fondement de l'article 7.4 du marché de maîtrise d'œuvre pour sanctionner un dépassement par les offres les mieux disantes, du coût prévisionnel des travaux que la maîtrise d'œuvre s'était contractuellement engagée à respecter. La pénalité prévue était de 20 % du dépassement.

16 Pour annuler cette pénalité, le tribunal a écarté l'application de ces stipulations incompatibles avec les dispositions du décret du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé ; ce décret a été pris en application de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée dont l'article 10 dispose précisément que ce sont des décrets en Conseil d'Etat qui fixent, les conditions selon lesquelles les parties déterminent la rémunération forfaitaire du MOE et qui précisent les conséquences de la méconnaissance ce dernier des engagements souscrits sur un coût prévisionnel des travaux. ».

17 Le décret en question fixe donc les modalités d'établissement de la rémunération forfaitaire des MOE, ne prévoit pas qu'à ce stade de l'opération, c'est-à-dire ACT, et contrairement à des stades ultérieurs, un tel dépassement du coût prévisionnel par les offres des entreprises, puisse entraîner des pénalités financières contre le MOE ; il permet seulement au MOA de lui demander d'adapter ses études sans rémunération supplémentaire.

18 Il a ensuite écarté aussi, comme non invocables ici par la ville, d'autres dispositions du décret prévoyant que le MOA peut « prévoir d'autres clauses d'incitation à de meilleurs résultats quantitatifs ou qualitatifs », le tribunal estimant qu'une pénalité financière ne saurait être regardée comme une incitation.

19 Nous pensons que vous ne pourrez que souscrire à cette analyse du tribunal tant on ne saurait, comme certains commentateurs, assimiler hâtivement incitation et sanction qui sont en réalité des termes antonymes, la dernière ayant vocation à dissuader de quelque chose de clairement interdit alors que le seconde est une récompense pour quelque chose qui n'était pas obligatoire mais seulement envisageable.

20 D'ailleurs à titre d'illustration voyez comment l'exprime l'article 17 du CMP : « Des clauses incitatives peuvent être insérées dans les marchés aux fins d'améliorer les délais d'exécution, de rechercher une meilleure qualité des prestations et de réduire les coûts de production. »

21 La ville invoque aussi le principe de liberté contractuelle dès lors que les MOE avaient accepté la clause qu'elle a entendu appliquer ; mais comme toute liberté elle ne peut que s'exercer dans le cadre législatif et réglementaire précité qui l'encadre.

22 Le jugement serait donc confirmé quant à l'annulation de cette première pénalité.

23 2) En 2e lieu il s'agit d'une pénalité de 18 320, 53 € prévue par l'article 7.5 du contrat et liée encore à un dépassement de seuil, mais cette fois en phase AOR, c'est-à-dire compte tenu de l'écart entre le

coût total définitif des travaux et celui qui résultait des marchés de travaux et des surcoûts imputables au seul maître d'ouvrage. Le contrat prévoyait une tolérance de 3 % mais au-delà une pénalisation des maîtres d'œuvre à hauteur du surplus de dépassement dans la limite de 15 % de leur rémunération pour les éléments de mission postérieurs à passation des marchés de travaux.

24 Le tribunal a réduit ce montant à la somme de 14 738, 18 €.

25 Il n'a retenu que l'une des demandes de la sté Pistilli, celle relative aux travaux supplémentaires de 11 517 € de la fiche modificative de travaux n° 07 relative au nombre d'appareils sanitaires dont il a estimé le surcoût imputable au seul maître d'ouvrage compte tenu d'injonctions successives et contradictoires de ce dernier.

26 La ville de Lyon conteste cette réduction tandis que la société Pistilli vous demande l'annulation intégrale de cette pénalité sur ses autres composantes.

27 Vous écarterez la contestation de la ville en confirmant le motif du tribunal dont le bien fondé, quoi qu'elle en dise, résulte toujours de l'instruction, notamment au vu de télécopies du 23 novembre 2004 et du 30 août 2005.

28 S'agissant des autres composantes de cette pénalité, contestée cette fois incidemment par la sté Pistilli, l'une se fonde sur la fiche modificative du programme n° 011 et la réalisation de travaux supplémentaires portant sur la reprise des réseaux d'évacuation d'eaux usées traversant les deux niveaux de vestiaire, pour 16 196 €.

29 La société soutient que ces travaux ne lui sont pas imputables dès lors que les réseaux concernés étaient encastrés dans des habillages et n'étaient pas visibles avant la réalisation des travaux.

30 Cependant le programme de l'opération, établi en février 2004 par la ville, pointait l'ancienneté de l'équipement mis en service depuis 1969, la réalisation de « travaux minimums d'entretien » depuis, et le mauvais état des réseaux d'évacuation.

31 Dans ces conditions c'est bien à la maîtrise d'œuvre qu'il appartenait de réaliser les études exhaustives nécessaires avant l'élaboration des documents de consultation.

32 Ce poste constitutif de la pénalité en phase AOR sera confirmé.

33 L'autre composante contesté incidemment par la sté Pistilli porte sur 42 fiches modificatives, dont elle persiste à soutenir que 17 auraient été demandées par le maître d'ouvrage, 13 seraient imputables à son cotraitant, 2 auraient été rendues nécessaires par la détérioration du matériel par l'entreprise de maçonnerie, etc... ; elle admet toutefois

que 5 fiches modificatives résultent de ses demandes mais qu'elles auraient permis de diminuer les coûts des travaux et que seulement 3 fiches modificatives lui sont directement imputables.

34 Mais comme l'a relevé le tribunal la ville avait bien déjà neutralisé des dépassements qui lui étaient imputables ce qui prive a priori de suspicion sa décision sur les autres points, alors que la sté Pistilli n'apporte pas plus d'élément permettant de vous rallier à sa cause. Vous pourrez adopter le motif du tribunal et rejeter à nouveau ces conclusions incidentes, comme d'ailleurs l'argumentation de la sté Egis quant au défaut de plafonnement contractuel de cette pénalité qui reste en deçà.

35 3) En 3^e lieu, il est question de la pénalité de retard dans l'établissement des dossiers de consultation des entreprises des lots 11, 12 et 14.

36 L'article 7.2 du contrat fixait en effet un délai impératif de 6 mois pour la remise du dossier de consultation des entreprises à compter de la notification du marché de maîtrise d'œuvre et l'article 7 prévoyait une pénalité de 200 € par jour calendaire de retard et l'application de ces pénalités sans autre formalité que la constatation du manquement par ordre de service.

37 Le contrat de MOE a été notifié le 30 juin 2004 de sorte que le délai en cause expirait le 31 décembre 2004.

38 Or le dossier de consultation des lots n° 011, 12 et 14 n'a été remis au maître d'ouvrage que le 18 avril 2005 soit avec 109 jours de retard.

39 La ville a donc appliqué une pénalité de 21 800 €.

40 La société Pistilli soutient d'abord que l'ordre de service accusant réception d'un dossier de consultation des entreprises incomplet et avec retard, était irrégulier en la forme dès lors qu'il ne visait pas les stipulations de l'article 7.2.

41 Mais ce visa n'était formellement requis par aucune stipulation alors que le constat fait par l'ordre de service n'était pas équivoque quant au manquement ainsi relevé ce qui suffisait.

42 Ensuite, c'est sans l'établir que la société Pistilli soutient que ce retard aurait été imputable au maître d'ouvrage qui aurait tardé à valider ses propositions.

43 Par ailleurs si elle fait aussi valoir que la ville ne lui aurait communiqué le rapport amiante avant travaux que le 16 février 2005 alors que le CCTP et les plans du gros œuvre étaient terminés, qu'elle aurait formulé des demandes d'intégration de nouvelles prestations au lot gros œuvre et ne lui aurait communiqué le rapport de sol pour le solarium que le 18 mars 2005, elle n'établit en quoi ces

circonstances auraient entraîné pour elle un retard dans l'élaboration des documents de la consultation des entreprises des lots 11, 12 et 14 qui ne concernent ni le gros œuvre, ni le solarium.

Enfin, la sté ne saurait davantage invoquer une réunion organisée encore le 18 mars 2005, dès lors que son objectif était précisément de rappeler à la maîtrise d'œuvre ses engagements contractuels et de vérifier la complétude des études de détail des lots techniques 11, 12 et 14, avant leur dépôt définitif et le lancement de la procédure de passation des marchés de travaux.

Ces conclusions incidentes seront également rejetées.

4) En 4^e lieu il est aussi question de rémunération supplémentaire.

A ce titre la société Pistilli redemande incidemment une somme de 24 577, 80 € correspondant à 274 heures de travail pour des études complémentaires relatives au solarium.

Le tribunal a relevé que les études complémentaires qui ont pu être réalisées pour le solarium ne sont pas consécutives à l'intégration d'éléments nouveaux par rapport au programme initial, mais ont été rendues nécessaires à la suite d'un appel d'offres infructueux sur le premier projet, en raison précisément d'un dépassement du coût estimé par le maître d'œuvre.

Cela ressort en effet d'un courrier du 13 octobre 2005 de la ville au maître d'œuvre.

On n'est pas ainsi dans le cadre de sujétions imprévues dont la cause serait extérieure aux parties ; par ailleurs à supposer établi la réalité du montant allégué, alors que ce n'est pas le cas, l'économie du contrat ne s'en trouverait pas non plus bouleversée.

On restera donc sur le caractère forfaitaire de la rémunération en rejetant également ces conclusions incidentes.

En conséquence de ce qui vient d'être vous être proposé et compte tenu de la somme, non contestée, de 58 366, 20 € restant due par la ville de Lyon à la société Pistilli, le solde de son marché serait arrêté au montant de 21 828, 02 € à son crédit, comme l'a fait le tribunal.

5) En 5^e lieu on en vient enfin aux conclusions de la société Pistilli tendant à être garantie de toute condamnation par sa cotraitante, la société Egis Industries ; comme la sté Pistilli n'a pas elle-même interjeté appel principal du jugement, il s'agit de conclusions d'appel provoqué qui ne seront pas recevables et devront être rejetées comme telles dès lors que sa situation ne sera pas aggravée en appel.

6) S'agissant des conclusions de la sté Egis elles ne sont pas dirigées contre la sté Pistilli ce qui aurait été un appel incident sur appel provoqué ; elles ne visent que la ville et seront rejetées comme nous l'avons dit au début.

55

En somme et par ces motifs, nous concluons au rejet de la requête et de toutes conclusions des autres parties sans qu'il y ait lieu dans les circonstances de l'espèce de faire droit à quelque demande au titre des frais d'instance.