COUR ADMINISTRATIVE D'APPEL
DE BORDEAUX

N° 19BX04517

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

RÉGION OCCITANIE et SOCIÉTÉ COGEMIP

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

La cour administrative d'appel de Bordeaux

7ème chambre

Audience du 25 février 2021
Décision du 25 mars 2021

39-05-01-03
C

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société a demandé au tribunal administratif de Toulouse de condamner solidairement la et la société à lui verser la somme de 1 212 015,64 euros en règlement de sa part du solde du lot n° 2 « clos et couvert » du marché de la reconstruction du lycée Gallieni à Toulouse.

Par un jugement n° 1204959 du 24 février 2016, le tribunal administratif de Toulouse a fait droit à sa demande.

Par un arrêt n° 16BX01290-16BX01304, du 26 juin 2018, la cour administrative d'appel de Bordeaux a réformé ce jugement en fixant les pénalités mises à la charge de la société à la somme de 4 693 038,75 euros TTC et en condamnant cette société à verser à la région la somme de 4 285 388,21 euros correspondant au solde du sous lot n° 2-2.

Par une décision n° 422615-425080 du 2 décembre 2019, le Conseil d'État a annulé cet arrêt en tant qu'il a rejeté les conclusions de la tendant à la modération des pénalités de retard mises à sa charge et a renvoyé, dans cette mesure, l'affaire devant la cour administrative d'appel de Bordeaux.

Procédure devant la cour :

Par une requête, enregistrée le 14 avril 2016 et des mémoires complémentaires, enregistrés les 13 octobre 2016, 8 février 2017 et 17 février 2021, la région , et la société aux droits de laquelle est venue la société , représentées par Me Richer, demandent à la cour, dans le dernier état de leurs écritures :

1°) de condamner la société rembourser les sommes qu'elle a perçues de la région et de la société exécution du jugement n° 1204959 ;

2°) de condamner la société à leur verser la somme de 4 300 568,21 euros TTC ;

3°) à titre subsidiaire, de modérer le montant des pénalités de retard mises à la charge de la société , à hauteur de 2 815 823,25 euros TTC ;

4°) de mettre à la charge de la société la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent que :
- la région justifie avoir subi un préjudice d'un montant de 2 030 751,09 euros ;
- les pénalités infligées au groupement d'entreprise ne sont pas excessives et ne peuvent, en tout état de cause, pas être réduites de plus que de 50 % ;
- la région n'a fait qu'appliquer la clé de répartition déterminée et discutée par l'expert désigné par le tribunal administratif, qui a été établie sur la base de l'exécution du marché par les membres du groupement d'entreprise titulaire du lot n° 2.

Par un mémoire en défense, enregistré le 2 septembre 2016, et un mémoire complémentaire, enregistré le 2 janvier 2017, la société , aux droits de laquelle est venue la société représentée par Me Salamand, conclut :

1°) au rejet de la requête de la région et de la société

2°) à la réformation du jugement du tribunal administratif de Toulouse en tant il a rejeté, à hauteur de la somme de 531 899,05 euros hors taxes, ses demandes tendant à la révision des prix, à la prise en compte de sujétions imprévues pour un montant de 333 151 euros hors taxes et de travaux supplémentaires pour un montant de 62 604,50 euros ;

3°) à la condamnation solidaire de la région et la société à lui verser, au titre du solde du marché, la somme de 1 212 015,64 euros TTC avec capitalisation des intérêts moratoires ;

5°) à titre subsidiaire, à ce que le juge administratif utilise ses pouvoirs de modération des pénalités, et condamne solidairement, en conséquence, la région et la société à lui

verser la somme de 407 650,04 euros assortie des intérêts moratoires au titre du solde du marché ;

6°) à ce que soit mise à la charge de la région et de la société la somme de 3 500 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que les pénalités mises à sa charge doivent nécessairement être diminuées dès lors que le montant du sous lot n° 2-2 s'établit avant révision de prix à 5 064 646,25 euros HT et que les pénalités atteignent 92,66 % de cette somme.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :
- le code des marchés publics ;
- le décret n° 2020-1406 du 18 novembre 2020 portant adaptation des règles applicables devant les juridictions de l'ordre administratif ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :
- le rapport de M. Bourgeois,
- les conclusions de Mme Aurélie Chauvin, rapporteure publique,
- et les observations de Me Duvignau, substituant Me Richer, représentant la société de et la Région

Considérant ce qui suit :

1. Par acte d'engagement du 28 novembre 2006, la région , ayant comme maître d'ouvrage délégué la société , aux droits de laquelle vient la , a confié à un groupement conjoint d'entreprises dont le mandataire commun était la société lot n° 2 « clos et couvert » du marché de reconstruction du lycée Gallieni à Toulouse, pour un montant total de 41 403 683,24 euros TTC, porté par avenants successifs à la somme de 46 462 505,32 euros. La société , aux droits de laquelle vient désormais la société membre de ce groupement, s'est vu confier le sous lot n° 2-2 relatif aux travaux de charpente métallique et des planchers des bâtiments « enseignements » et « ateliers ». À la suite d'un différend entre cette société et le maître d'ouvrage et portant, notamment, sur le montant des pénalités de retard, la société a saisi le tribunal administratif de Toulouse qui, par un jugement du 24 février 2016, a condamné solidairement la région Midi-Pyrénées et la société à verser à la société la somme de 1 212 015,64 euros en règlement du solde de sa part de marché. Par un arrêt du 26 juin 2018, la cour administrative de Bordeaux a établi le montant des pénalités de retard devant être mises à la charge de la société à la somme de 4 693 038,75 euros TTC, a arrêté le solde négatif de sa part du marché à la somme de 4 285 388,21 euros et condamné cette société à verser cette somme à la région . Enfin, par une décision n° 422615-425080 du 2 décembre 2019, le Conseil d'État a annulé cet arrêt en tant que la cour a rejeté les conclusions de la société tendant à la modération des pénalités de retard mises à sa charge.

2. Aux termes des stipulations de l'article 20.7 du cahier des clauses administratives générales (CAG) Travaux, applicable au marché en litige : « *Dans le cas d'entrepreneurs groupés pour lesquels le paiement est effectué à des comptes séparés, les pénalités (...) sont réparties entre les cotraitants conformément aux indications données par le mandataire, sauf stipulations différentes du cahier des clauses administratives particulières. Dans l'attente de ces indications (...) les pénalités sont retenues en totalité au mandataire (...)* ». Il résulte de ces stipulations que s'il incombe au maître de l'ouvrage de liquider le montant global des pénalités de retard dues par l'ensemble des entreprises, il appartient au seul mandataire commun de répartir entre les entreprises les pénalités dont il fait l'avance jusqu'à ce qu'il ait fourni les indications nécessaires à leur répartition. En cas d'inaction du mandataire commun le maître de l'ouvrage est tenu de lui imputer la totalité des pénalités. Dans cette hypothèse, sauf s'il est dans l'impossibilité de recouvrer effectivement le montant de ces pénalités sur le mandataire, le maître de l'ouvrage ne peut les imputer à une autre entreprise.

3. Les pénalités de retard prévues par les clauses d'un marché public ont pour objet de réparer forfaitairement le préjudice qu'est susceptible de causer au pouvoir adjudicateur le non-respect, par le titulaire du marché, des délais d'exécution contractuellement prévus. Elles sont applicables au seul motif qu'un retard dans l'exécution du marché est constaté et alors même que le pouvoir adjudicateur n'aurait subi aucun préjudice ou que le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché qui résulte de leur application serait supérieur au préjudice subi.

4. Lorsqu'il est saisi d'un litige entre les parties à un marché public, le juge du contrat doit, en principe, appliquer les clauses relatives aux pénalités dont sont convenues les parties en signant le contrat, il peut, à titre exceptionnel, saisi de conclusions en ce sens par une partie, modérer ou augmenter les pénalités de retard résultant du contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire, eu égard au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations.

5. Lorsque le titulaire du marché saisit le juge de conclusions tendant à ce qu'il modère les pénalités mises à sa charge, il ne saurait utilement soutenir que le pouvoir adjudicateur n'a subi aucun préjudice ou que le préjudice qu'il a subi est inférieur au montant des pénalités mises à sa charge. Il lui appartient de fournir aux juges tous éléments, relatifs notamment aux pratiques observées pour des marchés comparables ou aux caractéristiques particulières du marché en litige, de nature à établir dans quelle mesure ces pénalités présentent selon lui un caractère manifestement excessif. Au vu de l'argumentation des parties, il incombe au juge soit de rejeter les conclusions dont il est saisi en faisant application des clauses du contrat relatives aux pénalités, soit de rectifier le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché dans la seule mesure qu'impose la correction de leur caractère manifestement excessif.

6. Enfin, les sociétés membres d'un groupement conjoint peuvent contester l'existence de retards imputables au groupement ainsi que le principe ou le montant des pénalités de retard qui lui sont infligées par le maître d'ouvrage, dans le cadre du règlement financier de leur part de marché. Si, elles entendent également contester la répartition ressortant du décompte général du groupement, que le maître d'ouvrage a opérée entre elles conformément aux indications fournies par le mandataire commun en application de l'article 20.7 du cahier des clauses administratives générales, il leur appartient, à défaut de trouver entre elles une résolution amiable, de présenter des conclusions dirigées contre les autres sociétés membres du groupement tendant au règlement, par le juge administratif, de la répartition finale de ces pénalités entre elles. Si le juge fait droit à leur demande, en totalité ou en partie, il en tient compte dans l'établissement du solde propre à

chaque société membre. Ces sociétés peuvent, en outre, rechercher la responsabilité du mandataire commun si elles estiment qu'il a commis une faute pour avoir, en application de l'article 20.7 du cahier des clauses administratives générales, communiqué au maître d'ouvrage des indications erronées, imprécises ou insuffisantes, sous réserve qu'il en soit résulté pour elles un préjudice financier ou économique.

7. Il résulte de l'arrêt de la cour n° 16BX01290-16BX01304 du 26 juin 2018, devenu définitif sur ce point, que le montant des pénalités devant être contractuellement mises à la charge de la société a été fixé à la somme de 4 693 038,75 euros TTC. La société soutient que ce montant est manifestement excessif au vu du montant du sous lot n° 2-2 porté, après avenants, à la somme de 6 380 264,52 TTC. Toutefois, et ainsi qu'il a été dit au point 3 du présent arrêt, les pénalités de retard prévues par les clauses d'un marché public ont pour objet de réparer forfaitairement le préjudice qu'est susceptible de causer au pouvoir adjudicateur la méconnaissance, par le titulaire du marché, des délais d'exécution contractuellement prévus. Dès lors, le caractère manifestement excessif de cette réparation forfaitaire doit s'apprécier au regard non pas du montant de chaque chantier concerné, mais du montant global et définitif du marché, ainsi qu'il est d'ailleurs dit au point 4.

8. En l'occurrence, il résulte de l'instruction que le montant global des pénalités de retard infligées au groupement d'entreprise en charge du lot n° 2 s'élève à la somme de 5 993 663,79 euros TTC correspondant à un retard de 129 jours dans l'achèvement des travaux. Par ailleurs, et ainsi qu'il a été dit au point 2, il appartient au seul mandataire commun et non au maître de l'ouvrage de répartir entre les entreprises du groupement les pénalités infligées à ce groupement. Dans ces conditions, dès lors que le montant de ces pénalités représente moins de 13 % du montant du marché auquel elles se rapportent, fixé à la somme non contestée de 46 462 505,32 euros, et en l'absence de toute circonstance particulière relative à l'exécution du lot n° 2, la société n'est pas fondée à soutenir que le montant des pénalités mises à la charge du groupement serait manifestement excessif sans pouvoir utilement soutenir, à cet égard, que la proportion de ces pénalités qui lui a été attribuée par le mandataire du groupement serait excessive au regard des travaux qui lui ont été confiés ou de sa situation financière.

9. Il résulte de ce tout ce qui précède ainsi que du dispositif et des motifs de l'arrêt n° 16BX01290-16BX01304 qui n'ont pas été annulés par le Conseil d'Etat, d'une part que les conclusions de la société tendant à la modération des pénalités de retard doivent être rejetées et, d'autre part, que le solde du marché de la société s'établit, en faveur de la région, à la somme de 4 285 388,21 euros, somme que la société doit être condamnée à verser solidairement à la région Occitanie et à la SEM

DÉCIDE :

Article 1er : Les conclusions de la société , venant aux droits de la société , tendant à la modération des pénalités de retard sont rejetées.

Article 2 : La société est condamnée à verser à la région la somme de 4 285 388,21 euros correspondant au solde de la part de marché relatif au sous lot n° 2-2.

Article 3 : Le présent arrêt sera notifié à la région , à la société anonyme d'économie mixte à conseil d'administration venant aux droits de la société et à la société

Délibéré après l'audience du 25 février 2021 à laquelle siégeaient :

Rendu public par mise à disposition au greffe, le 25 mars 2021.

Le président de chambre,

La République mande et ordonne au préfet de la Haute-Garonne en ce qui le concerne, et à tous huissiers de justice à ce requis, en ce qui concerne les voies de droit commun contre les parties privées, de pourvoir à l'exécution du présent arrêt.