

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société par actions simplifiée Société nouvelle Thomas et Danizan Midi-Pyrénées a demandé au tribunal administratif de Toulouse de condamner solidairement la région Occitanie et la société Cogemip au paiement de la somme de 521 448,75 euros correspondant à la déduction effectuée au titre des pénalités de retard, assortie des intérêts à compter du 12 mai 2012 au taux légal en vigueur augmentés de deux points et de la capitalisation des intérêts.

Par un jugement n° 1305473 du 12 septembre 2019, le tribunal administratif de Toulouse a rejeté sa demande.

Procédure devant la cour :

Par une requête, enregistré le 13 novembre 2019, la société nouvelle Thomas et Danizan Midi-Pyrénées, représentée par Me Marin, demande à la cour :

- 1°) d'annuler ce jugement du tribunal administratif de Toulouse du 12 septembre 2019 ;
- 2°) d'annuler l'imputation des pénalités de retard résultant de l'exécution du lot n° 2 du marché public " clos couvert " de l'opération de construction du nouveau lycée Galliéni à Toulouse ;
- 3°) de condamner solidairement la Région et la société Cogemip au paiement de la somme de 521 448,75 euros augmentée des intérêts moratoires à compter du 12 mai 2012 sur la base du taux d'intérêt légal en vigueur à la date du 12 mai 2012, majoré de deux points avec capitalisation à compter du 12 mai 2013 et à chaque échéance annuelle ;
- 4°) de condamner solidairement la Région et la société Cogemip au paiement de la somme de 8 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société nouvelle Thomas et Danizan Midi-Pyrénées soutient que :

S'agissant de la clé de répartition des pénalités,

- la circonstance qu'en sa qualité de mandataire du groupement, elle a proposé, dans un courrier du 3 janvier 2012, une répartition des retards imputables à chaque entreprise membre du groupement ne lui interdit pas de contester l'existence des retards ;
- le courrier du 3 janvier 2012 n'emporte pas reconnaissance d'une clé de répartition des pénalités entre les entreprises du groupement ;
- la région doit justifier du retard effectivement imputable à la SNTD et non appliquer la clé de répartition qu'elle lui a communiqué ;
- la région devait calculer les pénalités en fonction de chacune des entreprises et non en se basant sur le montant global du marché ;

S'agissant du nombre de jours de retard,

- c'est à tort que la région a retenu 129 jours de retard, dès lors que le retard a plusieurs causes et notamment la notification d'avenants de travaux supplémentaires et modificatifs qui ont allongé la durée des travaux ; ainsi l'OS n° 56 du 16 avril 2008 ordonnant la réalisation de la verrière photovoltaïque a été notifié 120 jours avant la date butoir de livraison du 21 août 2008, et ces travaux ont fait l'objet d'un avenant n° 3 pour un montant de 1 761 370 euros HT ; les ordres de service n° 60 du 16 avril 2008, n° 64 et n° 66 du 16 mai 2008, n° 143 du 15 septembre 2008 et n° 76 du 12 novembre 2008 prévoient des travaux supplémentaires ; ainsi la masse des travaux a été augmentée de 12,22 % par rapport au marché initial ;
- c'est à tort que la région affirme que le retard final découle uniquement du retard intermédiaire ; si c'était le cas, le retard ne pourrait excéder 30 jours ;

S'agissant de la modulation des pénalités,

- il y a lieu de réduire les pénalités en application de l'ancien article 1152 du code civil, aujourd'hui article 1231-5 et de la jurisprudence du Conseil d'État, dès lors qu'elles sont disproportionnées et que la région n'a subi aucun préjudice, l'établissement ayant été inauguré le 8 septembre 2008 et les élèves ayant fait leur rentrée le lendemain ;
- il y a lieu d'admettre sa parfaite bonne foi.

Par un mémoire en défense, enregistré le 25 janvier 2021, la région Occitanie, représentée par le cabinet Richer et associés, conclut au rejet de la requête et à ce que la SNTD soit condamnée à lui verser la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- la requête est irrecevable faute de critique du jugement ;
- la demande portée devant les premiers juges était irrecevable ;
- les moyens de la requête ne sont pas fondés.

Par ordonnance du 15 juin 2021, la clôture d'instruction a été fixée en dernier lieu au 15 septembre 2021.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code des marchés publics ;
- 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 Mme Frédérique Munoz-Pauziès,
- les conclusions de Mme Florence Madelaigue,
- les observations de Me Marin, pour la société Société Nouvelle Thomas et Danizan Midi-Pyrénées, et Me Du Rusquec, pour la Région Occitanie.

Considérant ce qui suit :

1. Par acte d'engagement du 28 novembre 2006, la région Midi-Pyrénées, ayant comme maître d'ouvrage délégué la société de construction et gestion Midi-Pyrénées (Cogemip), a confié à un groupement conjoint d'entreprises, dont le mandataire commun était la société nouvelle Thomas et Danizan Midi-Pyrénées (SNTD), le 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 SNTD a été désignée attributaire du sous-lot n° 2.1, afférent aux fondations et au gros-œuvre pour un montant de 16 289 611,05 euros.

2. La réception des travaux est intervenue le 5 janvier 2009 et la SNTD a établi un projet de décompte final de son marché propre, faisant apparaître un solde positif de 827 707,04 euros. Par ordre de service du 15 février 2012, la société Cogemip a notifié à la SNTD les décomptes généraux des sous-lots. Celui du sous-lot 2.1 faisait apparaître un solde lui restant dû de 169 431,61 euros TTC, la somme de 521 448,75 euros étant retenue à titre de pénalités de retard.

3. La SNTD relève appel du jugement du 12 septembre 2019 par lequel le tribunal administratif de Toulouse a rejeté sa demande tendant à la condamnation solidaire de la région Midi-Pyrénées, aux droits de laquelle vient la région Occitanie, et de la Cogemip, à lui verser la somme de 521 448,75 euros correspondant à la retenue de pénalités de retard.

Sur la fin de non-recevoir soulevée par la région Occitanie :

4. La requête de la SNTD ne se borne pas à reproduire exclusivement sa demande devant les premiers juges, et critique la motivation et la solution des premiers juges. La fin de non-recevoir tirée par la région Occitanie de la méconnaissance de l'article R. 411-1 du code de justice administrative doit être écartée.

Sur le montant des pénalités de retard :

5. Aux termes de l'article 4-3.1 du cahier des clauses administratives particulières du marché en cause : " Par dérogation aux stipulations de l'article 20.1 du CCAG, l'entrepreneur subira par jour calendaire de retard dans l'achèvement des travaux, une pénalité égale à 1/1000ème du montant global TTC du marché. / Ces dispositions s'appliquent aux délais intermédiaires définis dans le planning d'exécution. / Les pénalités sont encourues du simple fait de la constatation du retard par le maître d'œuvre (...) ".

6. 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.

7. Les articles 4.1 du cahier des clauses administratives particulières et 5 de l'acte d'engagement fixaient le délai d'exécution pour l'ensemble des sous-lots du lot n° 2 à 20 mois à compter de l'ordre de service prescrivant à l'entrepreneur titulaire du lot dont les travaux doivent commencer en premier de commencer l'exécution des travaux lui incombant. Le commencement des travaux ayant été prescrit au 30 novembre 2006, le chantier devait être achevé le 30 juillet 2008. Or, le rapport de l'expert désigné par ordonnance du président du tribunal administratif de Toulouse du 2 août 2010 relève que les travaux n'ont été achevés qu'à la fin de l'année 2008 et réceptionnés avec effet au 5 janvier 2009, soit 159 jours de retard. Une pénalité ayant déjà été appliquée pour un retard de 30 jours, la région a retenu le chiffre de 129 jours calendaires de retard, a appliqué à ce nombre le taux de 1/1000ème du montant du lot n° 2, puis le pourcentage de responsabilité indiqué par la SNTD dans un courrier du 3 janvier 2012.

8. En premier lieu, ainsi qu'il vient d'être dit ci-dessus, c'est le retard intermédiaire, et non le retard en fin d'exécution qui a été évalué par la région à 30 jours. Dès lors, la SNTD n'est pas fondée à soutenir que le retard retenu pour le calcul des pénalités ne pourrait excéder 30 jours.

9. En deuxième lieu, la SNTD reprend en appel, sans l'assortir d'arguments nouveaux ou de critique utile du jugement, le moyen tiré de ce que les ordres de services n° 54, n° 56, n° 60, n° 64, n° 66, n° 143, n° 176, n° 185 et n° 186 portaient sur des travaux supplémentaires, tout comme les avenants successifs, que la masse des travaux a augmenté de 12,22 % par rapport au marché initial et que ces travaux commandés tardivement seraient à l'origine des retards. Il convient d'écarter ces moyens par adoption des motifs pertinents retenus par le premier juge.

Sur l'imputation des pénalités de retard :

10. Aux termes de l'article 20-7 du cahier des clauses administratives générales, applicable au marché en litige dès lors que le cahier des clauses administratives particulières y renvoie, à l'exception de certains articles au nombre desquels ne figure pas l'article 20.7, " 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 stipulation différente dans le CCAP (...) 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.

11. Lorsque le mandataire commun s'est acquitté de l'obligation énoncée au point précédent, en fournissant au maître d'ouvrage les indications nécessaires à la répartition des pénalités de retard entre les cotraitants, le maître de l'ouvrage ne peut se substituer au mandataire pour les modifier, mais est tenu de s'y conformer pour procéder à la répartition des pénalités entre les membres du groupement.

12. 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 opéré 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.

13. En premier lieu, en application des règles rappelées aux points précédents, il appartenait au maître d'ouvrage de liquider le montant global des pénalités de retard dues par l'ensemble des entreprises du lot n° 2 avant de les répartir entre les entreprises membres du groupement conformément aux indications du mandataire. Par suite, la SNTD n'est pas fondée à soutenir que la région aurait dû calculer les pénalités en fonction de chaque sous-lot et non en se basant sur le montant global du marché.

14. En deuxième lieu, il résulte de l'instruction que, par courrier du 3 janvier 2012, en réponse à la demande du maître d'ouvrage tendant à ce qu'elle lui fournisse les indications nécessaires à la répartition des pénalités de retard entre les cotraitants, la SNTD a indiqué à la région qu'elle se ralliait à la répartition des pénalités proposée par l'expert en retenant à son égard un taux de 8,7 %. Si ce courrier précisait que l'existence même des retards restait contestée, cette circonstance est sans incidence sur la clé de répartition ainsi proposée. De même, dès lors qu'en application des stipulations de l'article 20-7 du cahier des clauses administratives générales, elle était dans l'obligation de fournir au maître d'ouvrage la répartition des pénalités, sous peine de se les voir infliger dans leur totalité, la SNTD ne peut utilement se prévaloir de la circonstance que la région l'aurait menacée de lui imputer l'intégralité des pénalités en cas de refus de lui communiquer la clé de répartition des pénalités. Enfin, le maître d'ouvrage étant tenu de se conformer aux indications du mandataire pour procéder à la répartition des pénalités entre les membres du groupement, la SNTD ne peut davantage utilement soutenir qu'il appartiendrait à la région non d'appliquer cette répartition, mais de justifier du retard qui lui serait effectivement imputable.

15. En troisième lieu, il résulte de l'instruction que, dans la détermination de la clé de répartition des pénalités, l'expert a retenu, s'agissant de la mise à disposition du module 5, que sur les onze semaines de retard, six semaines étaient imputables au maître d'ouvrage. Par suite, la SNTD n'est pas fondée à soutenir que le maître d'ouvrage n'aurait pas tenu compte, dans l'imputation des pénalités, de sa propre responsabilité.

Sur la modération des pénalités de retard :

16. Si, 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.

17. 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.

18. Les pénalités infligées à la SNTD s'élèvent à 521 448,75 euros TTC, ce qui correspond à 3,20 % du montant du sous-lot 2.1 dont elle est titulaire. La SNTD ne peut utilement ni faire valoir que les retards n'auraient causé aucun préjudice au maître d'ouvrage et qu'elle aurait exécuté ses obligations contractuelles en toute bonne foi, ni en tout état de cause se prévaloir des modalités de calculs et d'imputation des pénalités, lesquelles sont confirmées par le présent arrêt. Par suite, les conclusions tendant à la modération des pénalités doivent être rejetées.

19. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin d'examiner la recevabilité de la demande portée devant les premiers juges, que la SNTD n'est pas fondée à soutenir que c'est à tort que, dans le jugement attaqué, le tribunal administratif de Toulouse a rejeté sa demande. Par suite, il y a lieu de rejeter ses conclusions tendant au bénéfice des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et de mettre à sa charge, sur le fondement de ces dispositions et au profit de la région Occitanie, la somme de 2 000 euros.

DÉCIDE :

Article 1er : La requête de la SNTD est rejetée.

Article 2 : La SNTD versera à la région Occitanie la somme de 2 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative sont rejetées.

Article 3 : Le présent arrêt sera notifié à la société par actions simplifiée Société nouvelle Thomas et Danizan Midi-Pyrénées, à la région Occitanie et à la société Cogemip.

Délibéré après l'audience du 18 novembre 2021 à laquelle siégeaient :

M. Éric Rey-Bèthbéder, président,

Mme Munoz-Pauziès, présidente-asseesseure,

Mme Florence Rey-Gabriac, première conseillère.

Rendu public par dépôt au greffe le 16 décembre 2021.

La présidente-asseesseure,

Frédérique Munoz-Pauziès

Le président-rapporteur

Éric Rey-BèthbéderLa greffière,

Angélique Bonkougou

La République mande et ordonne au préfet de la région Occitanie 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.

2

N°19BX04221