

## Marchés de travaux

# La gestion stratégique des réclamations financières

Mieux vaut un bon accord plutôt qu'un mauvais procès ! Telle pourrait être ainsi résumée la philosophie qui anime les signataires des protocoles d'accord transactionnel mettant un terme aux réclamations financières formulées par les titulaires de marchés publics.

### L'AUTEUR

**SÉBASTIEN  
NIVAUT,**

Avocat à la cour,  
Docteur en droit public

**E**n matière de marchés de travaux, le cas n'est pas rare, nombre de collectivités territoriales ont eu à traiter des demandes de paiement supplémentaires adressées par des entrepreneurs, sous forme de mémoires et le plus fréquemment en fin de chantier. Le présent article propose donc une méthodologie pour traiter ces réclamations. Elle s'articule en deux temps : d'abord, l'analyse critique des postes de réclamations, puis le recours au protocole d'accord transactionnel.

### Analyse critique de la réclamation financière

C'est une étape préalable incontournable qu'il convient de bien préparer. Elle se déroule en trois temps.

#### 1. La recherche de la responsabilité des travaux supplémentaires et/ou du retard d'exécution

Très souvent, l'entrepreneur, titulaire du marché public de travaux, fonde sa réclamation financière sur l'exécution, par ses soins, de travaux supplémentaires et/ou sur le retard d'exécution du chantier dont il impute la responsabilité au maître d'œuvre et/ou au maître d'ouvrage. C'est pourquoi il importe, dans un premier temps, d'identifier le ou les responsables du retard d'exécution du chantier ou la nécessité ou le commanditaire des travaux supplémentaires. L'analyse des comptes-rendus de chantier et des ordres de services assortis d'éventuelles réserves de la part de l'entrepreneur permettent généralement d'identifier les faits générateurs du retard et les responsabilités en découlant. Quant aux travaux supplémentaires, la reprise des pièces du marché public de travaux (DPGF, CCTP), en sus des comptes-rendus de chantier et des ordres de services, permet d'éclairer le maître d'ouvrage sur le fait qu'ils étaient ou non prévus dans le marché ainsi que sur le caractère ou non indispensable de leur réalisation pour la bonne exécution de l'ouvrage dans les règles de l'art.

Dans l'hypothèse de la présence d'un maître d'œuvre pour l'exécution des travaux, le maître d'ouvrage doit alors sol-

liciter l'avis préalable de ce dernier sur la suite à donner à la réclamation. La sollicitation de l'avis de ce dernier peut parfois être délicate lorsqu'une partie du retard lui est imputable. Cette phase d'analyse est cependant fondamentale puisqu'elle permet au maître d'ouvrage de se positionner, par principe, sur les suites à donner à la réclamation financière.

#### 2. Analyse des postes de réclamation à la lueur des justifications produites

Une fois fixé sur le principe de la recevabilité de la réclamation, le maître d'ouvrage doit ensuite se prononcer sur son quantum. C'est là tout l'objet de cette seconde phase qui doit permettre à la collectivité territoriale de vérifier, au travers des justifications produites, de la réalité de la réclamation. Généralement, une réclamation financière, adressée sous forme d'un mémoire en application de l'article 50.1 du CCAG Travaux, comporte plusieurs postes. Le titulaire du marché de travaux tente régulièrement de se faire indemniser de l'exécution de travaux supplémentaires (parfois ceux-ci sont répartis entre les travaux exécutés dans le cadre d'avenant et/ou ordre de service et ceux réalisés hors avenant et/ou ordre de service et/ou sur devis), des coûts induits du fait des retards dans le déroulement du chantier, des pertes d'industrie (aussi appelé pertes du chiffre d'affaires) et parfois même du coût d'établissement du mémoire en réclamation (1).

L'analyse de chaque poste nécessite une compétence juridique. En effet, il faut faire un travail d'analyse semblable à celui qui incomberait au juge administratif, si le différend était porté devant lui. Chaque poste doit être examiné, principalement, au regard des justificatifs fournis mais également au regard de l'ensemble des considérations de droit et de fait qui s'appliquent à la situation en cause. Il importe donc de bien connaître les jurisprudences récentes applicables à la matière.

En pratique, pour une meilleure appréciation de la situation, on ne saurait que trop recommander aux collectivités territoriales d'établir, pour chaque poste, une grille d'analyse reprenant respectivement la demande de l'entreprise, la position du maître d'œuvre (le cas échéant), le cadre juridique (rappel du dispositif contractuel, rappel des principes juridiques et des jurisprudences utiles), la discussion sur

le bien-fondé de la demande indemnitaires, et enfin la préconisation (rejet de la demande, somme due en tout ou partie). Cette étape doit permettre d'évaluer le risque contentieux et donc financier encouru. Elle doit aussi permettre à la collectivité de pouvoir formuler, le cas échéant, des propositions de règlement amiable appropriées qui serviront de base à la négociation future.

### 3. Négociation entre les parties

C'est la phase la plus délicate et la plus confidentielle. La collectivité doit avant tout s'assurer de la volonté de l'entrepreneur de transiger. Le cas échéant, il pourra être utile de s'adjoindre les services d'un conseil spécialisé. Durant la négociation, la collectivité peut demander des justifications supplémentaires à l'entrepreneur. L'ensemble des points, intégrés par la suite dans le protocole d'accord transactionnel, sont généralement discutés pendant cette phase. La négociation dure tant que les limites concessives de chacune des parties n'ont pas été franchies. Elle s'achève avec l'adoption d'une position commune sur les principaux enjeux financiers et juridiques liés au traitement de la réclamation et à l'achèvement du marché.

## Le recours à la transaction pour mettre fin à la réclamation financière

Dans l'absolu, le recours à la transaction présente plusieurs intérêts pour la collectivité locale. Dans la pratique, la conclusion d'une transaction doit respecter plusieurs principes fondamentaux, tout comme elle doit contenir, a minima, certaines dispositions pour être efficace et mettre définitivement fin au différend financier.

### Intérêts de transiger

Par définition, la transaction suppose des concessions de chacune des parties. En pratique, la conclusion d'une transaction est le meilleur moyen pour la collectivité d'obtenir des concessions financières substantielles de la part du titulaire du marché public de travaux. De plus, la collectivité a tout intérêt à obtenir la conclusion d'un accord rapide plutôt que d'avoir à gérer un contentieux pendant plusieurs années devant la juridiction administrative. Mais encore, la conclusion d'une transaction, en tant qu'accord global, ferme et définitif, permet de garantir la collectivité contre toute forme de réclamation future de la part du titulaire du marché. Enfin, preuve de l'intérêt qui doit être porté à ce procédé : une circulaire récente incite les collectivités locales à transiger pour mettre fin aux litiges portant sur l'exécution de leurs marchés publics (2).

### Principes fondamentaux de la transaction

La transaction se définit comme un contrat écrit, permettant de terminer une contestation née ou de prévenir une contestation à naître. Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux peuvent transiger librement depuis la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés

des communes, des départements et des régions (3). Les transactions qui ont pour objet le règlement ou la prévention de litiges pour le jugement desquels le juge administratif sera compétent sont des contrats administratifs. Tel est le cas des transactions relatives à des marchés publics de travaux (4).

Plusieurs règles s'imposent lors de l'élaboration du protocole d'accord transactionnel.

Par respect des règles d'ordre général, la conclusion de l'accord doit être menée dans le respect des principes de la légalité et de la sécurité juridique.

Ensuite et surtout, une transaction doit respecter des règles propres au procédé. Principalement, une transaction doit comporter des concessions réciproques. Ces concessions ne doivent pas nécessairement être d'ampleur équivalente. Le juge administratif vérifie la réciprocité et l'équilibre des concessions (5) et sanctionne les transactions ne comportant manifestement pas d'équilibre dans les concessions réciproques des parties (6). Il donne, cependant, aux parties une marge de manœuvre importante dans l'élaboration d'un compromis (7). Ensuite, et c'est une règle d'ordre public (8) la collectivité ne doit pas se livrer à une libéralité. Autrement dit, la collectivité ne doit pas payer ou accepter de payer une somme qu'elle ne doit pas (9). Par ailleurs, la signature d'une transaction nécessite, en principe, l'autorisation préalable de l'organe délibérant de la collectivité territoriale. En l'absence de délégation, une délibération préalable de l'organe délibérant est nécessaire pour autoriser la signature de chaque contrat.

L'organe délibérant doit se prononcer sur « tous les éléments essentiels du contrat à intervenir, au nombre desquels figurent, notamment, la contestation précise que la transaction

a pour objet de prévenir ou de terminer et les concessions réciproques que les parties se consentent à cette fin (10)». Toutefois, la jurisprudence n'exige pas que l'organe délibérant examine le texte même du contrat de transaction avant d'accorder son autorisation.

### À NOTER

 Boîte avec habillage

### Contenu minimal du protocole d'accord transactionnel

Même s'il est toujours délicat de dévoiler le dispositif d'un accord confidentiel, on peut toutefois en esquisser le contenu. En sus des dispositions classiques relatives à la confidentialité, à la renonciation globale, ferme et définitive et au caractère transactionnel de l'accord, il est conseillé de prévoir certaines clauses :

- relations financières entre les parties : une clause générale ne prête pas à la transparence et peut porter à discussion. C'est pourquoi il convient d'inviter le rédacteur à détailler, au moyen de plusieurs clauses, les sommes concédées et à payer. A titre non exhaustif, on citera la clause établissant le solde du marché, la clause traitant du paiement des travaux supplémentaires, la clause fixant le montant de l'indemnité transactionnelle due au titre des préjudices de toutes nature et liés notamment à l'allongement de la durée du chantier ;

### RÉFÉRENCES

Circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique (NOR: ECEM0917498C)

### A LIRE

«Le contrat, mode d'action publique et de production de normes» Rapport public du Conseil d'Etat 2008, La documentation française

- les concessions réciproques et les renonciations de chacune des parties ;
- les modalités d'établissement et de signature du décompte général et définitif ;
- la date de réception des travaux ;
- le remboursement des retenues de garanties et la restitution des cautions constituées en application des articles 101 et 102 du Code des marchés publics.

Une fois signée par les parties, le principal effet de la transaction est d'obliger celles-ci à en exécuter les termes, afin de régler définitivement leur litige. Partant, la transaction est exécutoire de plein droit « sans qu'y fassent obstacle, notamment, les règles de la comptabilité publique (11) ».

Enfin, un mot doit être dit sur l'homologation de la transaction. Est-elle obligatoire pour que la transaction constitue un titre exécutoire ? Non, la transaction n'a pas à être homologuée pour constituer un titre exécutoire (12).

Est-elle alors obligatoire lorsque l'une des parties est une collectivité territoriale ? Non plus, l'homologation de la transaction par le juge administratif n'est pas un préalable nécessaire car « aucune disposition législative ou réglementaire, ni aucun principe général du droit n'exige que l'accord transactionnel conclu et revêtu de l'autorité de la chose jugée en dernier ressort, soit soumis préalablement à l'homologation du juge (13) ». Les parties peuvent cependant recourir au juge administratif dans deux hypothèses : lorsqu'elles souhaitent elles-mêmes obtenir une validation juridictionnelle de la transaction conclue par la voie de l'homologation, ou lorsque son exécution rencontre des difficultés particulières (14).

(1) Liste non exhaustive des postes de réclamation

(2) Circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique (NOR: ECEM0917498C)

(3) CE, section des travaux publics, avis n° 359996, 21 janvier 1997 : EDCE 1998, p. 184

(4) CE 9 mai 1884, ville de Nîmes, Rec. p. 304 ; CE 23 oct. 1970, sieur C. et Sté Oréface, Rec. p. 61 ; CE 10 nov. 2004, Entrepr. Paul Milet n° 256031

(5) CE 29 déc. 2000, M. C., Rec. p. 658, concl. Fombeur

(6) CE, sect., 19 mars 1971, Sieurs M., p. 235, concl. Rougevin-Baville

(7) Voir décision récente CAA Marseille 16 juill. 2012, Préfet Alpes-Maritimes, req. n° 09MA00879, dans laquelle le juge vérifie que « les concessions réciproques des parties ne sont pas manifestement disproportionnées ».

(8) CE 11 juillet 1980, Cie assurance La Concorde et M. Fourrel de Frettes, RDP p. 1088

(9) CE section, 19 mars 1971, sieurs M., Rec. p. 235

(10) CE 11 sept. 2006, Cne Théoule-sur-Mer, Rec., p. 395

(11) CE Ass., avis 6 déc. 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second degré de L'Hay-les-Roses, req. n° 249153 ; CE Ass., avis 11 juill. 2008, Sté Krupp Hazemag, req. n° 287354

(12) CE Ass., avis 6 déc. 2002

(13) Extrait de la décision CAA Marseille, 16 juillet 2012, Préfet des Alpes-Maritimes, précitée. Voir également circulaire du 7 septembre 2009 relative au recours à la transaction pour la prévention et le règlement des litiges portant sur l'exécution des contrats de la commande publique : « le recours à l'homologation par le juge administratif doit rester exceptionnel ».

(14) CE Ass., avis 6 déc. 2002, préc.

### À NOTER

 Boîte avec habillage

### À RETENIR

- **Avantages** La transaction est comme une solution contractuelle relativement facile d'utilisation et comme une source d'économies et un gain de temps.
- **Sous-utilisation** Les collectivités territoriales l'utilisent pourtant très peu, ce que ne cessent de déplorer les pouvoirs publics et le juge administratif. encourageant