

# Contrats Publics

Actualités **MONITEURJURIS**

Dossier

## Responsabilité des acteurs : prévenir et gérer

### ► Garantie décennale

Divergences des deux ordres de juridiction

Le juge administratif et la notion de « quasi-ouvrages »

Articulation de la responsabilité contractuelle  
et de la garantie décennale

### ► Responsabilité du maître d'ouvrage

Faute du maître d'ouvrage délégué

Éviction irrégulière d'un candidat

Disparition du contrat

### ► Responsabilité du titulaire du marché

Défaillance du sous-traitant

Fraude dans le paiement d'un marché

### ► Insertion de clauses spécifiques dans les contrats

Clauses limitatives de responsabilité : les personnes publiques favorisées ?

Clauses pénales : des modalités d'application sources d'interrogations



## DOSSIER

15

**Responsabilité des acteurs : prévenir et gérer****La responsabilité des contrôleurs techniques précisée par le Conseil d'État : commentaires croisés** ..... 16

Alizée Scaillierez et Jean-Philippe Maginot

**Divergences et points de rencontre entre les garanties décennales « publiques » et « privées »** ..... 23

Mélanie Hamon

**Garantie décennale : la jurisprudence administrative reconnaît-elle l'existence de « quasi-ouvrages » ?** ..... 27

Étienne Muller

**Responsabilité du mandataire du maître d'ouvrage** ..... 33

Jennifer Obrero

**Défaillance du sous-traitant et responsabilité du titulaire du marché** ..... 38

Matthieu Kluczynski

**Infographie : droit de la responsabilité dans les marchés publics** ..... 43

BUY THE MOON

**Responsabilité de la personne publique et éviction irrégulière du candidat à l'issue d'une procédure de passation : quelles nouveautés ?** ..... 44

Guillaume Gauch, Samuel Couvreur et Alice Larmet

**Responsabilité et disparition du contrat. L'indemnisation hypothétique du titulaire privé de contrat** ..... 49

Maëlle Comte

**Fraude dans le paiement d'un marché public : un double appel à la vigilance en direction de l'acheteur et du titulaire** ..... 53

Marie Lhéritier

**Responsabilité horizontale et commande publique : état des lieux de la jurisprudence** ..... 57

Pierre Cailloce

**Clauses limitatives de responsabilité : toujours plus de protection pour les personnes publiques** ..... 61

Marion Delaigue et Arnaud Roussel

**Clauses pénales : entre stabilité des principes et précisions des modalités d'application** ..... 66

Philippe Guellier

**Au sommaire du prochain numéro**  
**Les PME face aux enjeux de la commande publique**



# Veille

Retrouvez l'intégralité de la veille sur **MONITEURJURIS**

## Jurisprudence nationale



Conseil d'État

**Concessions – Délégations de service public – Droits d'entrée – Résiliation – Indemnisation**

■ **CE 31 octobre 2024, Commune de Fontainebleau, req. n° 487995**



À consulter sur [moniteurjuris.fr/contratspublics/](https://moniteurjuris.fr/contratspublics/)

► Le 4 janvier 1996, la commune de Fontainebleau a conclu pour une durée de vingt-cinq ans avec la société auxiliaire de parcs de la région parisienne (SAPP), d'une part, un contrat d'affermage avec travaux portant sur la modernisation, la rénovation, l'exploitation et l'entretien de parcs de stationnement souterrains et sur voirie et, d'autre part, un contrat lui confiant la gestion du stationnement payant sur voirie. Après y avoir été autorisé par une délibération du conseil municipal du 26 mars 2012, le maire de Fontainebleau a notifié à la société SAPP, par une décision du 25 juillet 2012, la résiliation de ces contrats. Par un jugement du 15 juin 2018, le TA de Melun, saisi d'un recours de la société SAPP tendant à la reprise des relations contractuelles, a jugé que la durée excessive de ces contrats, seul motif retenu par la commune, ne pouvait légalement justifier leur résiliation, mais a rejeté ce recours, au motif que la reprise des relations contractuelles aurait porté une atteinte excessive aux droits du nouveau délégataire. Par un jugement avant dire droit du même jour, le tribunal, saisi d'un recours indemnitaire de la société SAPP, a jugé que la société était fondée à demander réparation des préjudices subis résultant de la résiliation illégale des contrats et a prescrit une expertise portant sur leur évaluation. Par un jugement du 28 juillet 2020, le TA de Melun a, à la suite du dépôt de son rapport par l'expert le 9 octobre 2019, condamné la commune de Fontainebleau à verser à la société SAPP les sommes de 2 480 474 euros, au titre de la valeur nette comptable des investissements non amortis à la date de prise d'effet de la résiliation, et de 2 201 000 euros hors taxes, au titre du manque à gagner pour la période allant de la résiliation des contrats à leur date normale d'échéance, avec intérêts au taux légal capitalisés, a mis les frais de l'expertise à la charge de la commune de Fontainebleau et a rejeté le surplus des conclusions de la société SAPP. Par un arrêt du 4 juillet 2023, la CAA de Paris a rejeté l'appel formé par la commune contre le jugement avant dire droit du 15 juin 2018 et contre le jugement du 28 juillet 2020, ainsi que l'appel incident formé par la société SAPP tendant à la réformation de ce dernier. Le pourvoi de la commune de Fontainebleau doit être regardé comme dirigé contre l'article 1<sup>er</sup> de cet arrêt. Par la voie du pourvoi incident, la société SAPP demande l'annulation

du même arrêt en tant que la cour s'est prononcée sur la nature de la redevance initiale.

La décision rendue par le Conseil d'État sur le pourvoi principal de la commune de Fontainebleau offre une intéressante illustration du droit à indemnisation du titulaire d'une concession de service public résiliée au titre des droits d'entrée prévus par la convention.

Une convention de délégation de service public peut prévoir le versement par le délégataire à la collectivité délégante de droits d'entrée et de redevances à condition que ces sommes soient en lien avec l'objet de la délégation, condition commune à l'ensemble des clauses du contrat (CGCT, art L. 1411-2). Souvent, comme en l'espèce, ces sommes correspondent à la mise à disposition du délégataire par la collectivité de biens non amortis, les sommes ainsi versées constituant le remboursement par avance de leur amortissement au cours de l'exécution de la convention, dont la durée est en principe déterminée en fonction de la durée normale d'amortissement des biens (cf. sur le calcul de la durée normale d'amortissement : CE 8 février 2010, Commune de Chartres, req. n° 323158).

Pour déterminer si, dans ce cas, une partie de ces sommes peut donner lieu, en cas de résiliation de la convention, à une indemnisation, le Conseil d'État fait application des principes qui régissent l'indemnisation des biens de retour non amortis en cas de cessation anticipée de la concession (cf. CE Ass. 21 décembre 2012, Commune de Douai, req. n° 342788), en l'étendant aux biens de reprise lorsqu'ils sont effectivement repris par la collectivité : « Lorsque la convention de délégation de service public prévoit que ces sommes correspondent à la mise à disposition de biens, évalués nécessairement à la valeur nette comptable, et qu'elle est résiliée par la collectivité délégante avant son terme normal, le délégataire a droit, sauf si le contrat en stipule autrement, à l'indemnisation par la collectivité délégante de la part non amortie de telles sommes correspondant, à la date de la résiliation, à la valeur nette comptable des biens ainsi mis à disposition, si ces biens font retour à la collectivité ou sont repris par celle-ci ».

Au cas d'espèce, après avoir relevé que la cour avait souverainement constaté que les droits d'entrée fixés par le contrat étaient la contrepartie de la mise à disposition de biens qui ont été remis à la collectivité concédante au terme anticipé de la concession, le Conseil d'État juge

d'exécution ou d'expertise d'un ouvrage. Il s'agit d'une règle d'ordre public<sup>[3]</sup>.

Conformément à l'article L. 125-5 du Code de la construction et de l'habitation, le contrôle technique peut être rendu obligatoire pour certaines constructions qui, en raison de leur nature, de leur importance ou de leur localisation dans des zones d'exposition à des risques naturels ou technologiques, présentent des risques particuliers pour la sécurité des personnes ou dont le fonctionnement est primordial pour la sécurité civile, la défense ou le maintien de l'ordre public. Il porte alors également sur le respect des règles relatives à l'accessibilité.

La mission de base du contrôleur en cas de contrôle technique obligatoire doit porter, au minimum, sur la solidité des ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos et de couvert et des éléments d'équipement qui font indissociablement corps avec ces ouvrages, ainsi que sur les conditions de sécurité des personnes dans les constructions<sup>[4]</sup>. Cette mission peut être complétée à la demande du maître de l'ouvrage.

Lorsque le contrôle technique est facultatif, le maître de l'ouvrage détermine librement l'étendue de la mission confiée au contrôleur.

Le contrôleur technique est seulement chargé de fournir un avis au maître d'ouvrage sur les problèmes d'ordre technique en exécution du contrat. En revanche, il n'a pas à vérifier que ses avis sont suivis d'effet<sup>[5]</sup>.

Par deux décisions du même jour, le Conseil d'État est venu préciser l'articulation de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité décennale du contrôleur technique avec celles des autres constructeurs.

Dans la première affaire, se posait la question de l'application de l'exclusion de solidarité prévue au second alinéa de l'article de l'article L. 125-2, issue de l'ordonnance du 8 juin 2005<sup>[6]</sup>, au régime de la responsabilité contractuelle de droit commun<sup>[7]</sup>.

Dans la seconde affaire, le Conseil d'État apporte des précisions sur les conditions dans lesquelles le contrôleur technique, dont la responsabilité décennale est recherchée par le maître de l'ouvrage, peut appeler en garantie les autres constructeurs<sup>[8]</sup>.

## Brefs rappels généraux sur la responsabilité du contrôleur technique

Depuis la loi dite « Spinetta » du 4 janvier 1978, le contrôleur technique est soumis à la présomption de responsabilité édictée par les articles 1792, 1792-1 et 1792-2 du Code civil, qui se prescrit dans les conditions prévues à l'article 1792-4-1 du même Code<sup>[9]</sup>. Ainsi, dès lors qu'un dommage de nature décennale lui est imputable, il engage ainsi sa responsabilité décennale de plein droit à l'égard du maître de l'ouvrage sans que ce dernier n'ait à prouver l'existence d'une faute<sup>[10]</sup>.

Par exemple, il a été jugé qu'un contrôleur technique engage sa responsabilité décennale à la suite de désordres affectant les revêtements de sol résultant d'une remontée de nappe pour n'avoir pas identifié le risque de soulèvement des revêtements alors qu'il était chargé de vérifier la capacité des ouvrages à résister aux actions permanentes ou répétées auxquelles ils sont soumis du fait des réactions du sol<sup>[11]</sup>.

La circonstance que le contrôleur technique a une activité distincte de celle du concepteur de l'ouvrage ne peut avoir pour effet de décharger ledit contrôleur, vis-à-vis du maître de l'ouvrage, de l'obligation de résultat qui lui incombe au regard de sa propre mission<sup>[12]</sup>.

Le contrôleur technique ne peut ainsi s'exonérer de la responsabilité décennale qu'en cas de force majeure ou de faute du maître d'ouvrage<sup>[13]</sup>.

Dès l'origine, la loi dite « Spinetta », eu égard à la spécificité du contrôle technique, a entendu limiter cette responsabilité de plein droit à la mission reçue par le contrôleur technique. La présomption de responsabilité édictée par l'article L. 125-2 du Code de la construction et de l'habitation s'applique aux seuls dommages trouvant leur origine dans un élément soumis contractuellement à son contrôle<sup>[14]</sup>.

Toutefois, depuis une ordonnance du 8 juin 2005<sup>[15]</sup>, la responsabilité décennale des contrôleurs techniques se trouve davantage limitée. Pour les contrats conclus depuis le 10 juin 2005, le contrôleur technique n'est tenu de « supporter la réparation de dommages qu'à concurrence de la part de responsabilité susceptible d'être mise à sa charge dans les limites des missions définies par le contrat le liant au maître d'ouvrage »<sup>[16]</sup>.

Ces dispositions, qui limitent la portée de la présomption de responsabilité instituée par les articles 1792 et suivants du Code civil, offrent un régime avantageux au

[3] CE 18 juin 2010, req. n° 336418 ; CE 19 octobre 2012, req. n° 361459.

[4] CCH, art. R. 125-18.

[5] Cass. 3<sup>e</sup> civ. 27 avril 2017, n° 16-15.685 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ. 19 janvier 2022, n° 20-17.697.

[6] Ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005 portant modification de diverses dispositions relatives à l'obligation d'assurance dans le domaine de la construction et aux géomètres experts.

[7] CE 2 octobre 2024, Société Apave Infrastructures et Construction France, req. n° 488166.

[8] CE 2 octobre 2024, Société Bureau Véritas et a., req. n° 474364.

[9] CCH, art. L. 125-2.

[10] CAA Versailles 30 décembre 2010, req. n° 08VE03866.

[11] CAA Bordeaux 7 avril 2005, req. n° 01BX00863.

[12] CAA Paris 21 novembre 2006, req. n° 03PA01202.

[13] CE Ass. 2 février 1973, Trannoy, req. n° 82706.

[14] Par exemple : CAA Versailles 30 décembre 2010, req. n° 08VE03866.

[15] Précité.

[16] CCH, art. L. 125-2, 2<sup>nd</sup> al.

Code civil, sans pour autant retenir son application dans l'affaire qui lui était soumise<sup>[10]</sup>.

Ce n'est qu'en 2023 que le Conseil d'État s'est, pour la première fois, prononcé sur l'application de l'article 1792-7 du Code civil aux marchés publics<sup>[11]</sup>.

De manière particulièrement lapidaire, les Hauts magistrats se sont écartés des « principes régissant la garantie décennale des constructeurs » en posant que les dispositions de l'article 1792-7 du Code civil « ne sont pas applicables à la garantie décennale à laquelle sont tenus les constructeurs au titre de marchés publics de travaux ».

Les conclusions du Rapporteur public, qui ont été suivies dans cette affaire, permettent de comprendre davantage les raisons ayant poussé la Haute juridiction administrative à statuer en ce sens :

« Pour cette raison et parce que, plus fondamentalement, il nous semble que la règle posée par l'article 1792-7 du Code civil méconnaît « les particularités de l'action publique et donc du droit qui la régit, nous vous invitons à retenir une position plus radicale, en écartant son application à la garantie décennale à laquelle sont tenus les constructeurs au titre de marchés publics de travaux. [...] »<sup>[12]</sup>

Si, en droit privé, la garantie décennale peut porter tant sur des constructions de locaux d'habitation que de locaux professionnels, en droit public, elle concernera dans la quasi-totalité des cas des locaux professionnels ou assimilés. Appliquer directement le texte de l'article 1792-7 priverait donc largement d'effectivité le régime de la responsabilité décennale [...] »<sup>[12]</sup>.

Cette position tranche avec celle du juge judiciaire qui interprète l'article 1792-7 comme remettant en cause le principe selon lequel est couvert par la responsabilité décennale l'équipement rendant l'ouvrage impropre à sa destination, lorsque la destination de cet ouvrage est professionnelle<sup>[13]</sup>.

[10] CAA Nancy 22 décembre 2017, req. n° 17NC01486 : « 19. La tourelle d'extraction de l'échaudeuse à porcs constitue également un élément d'équipement indispensable au fonctionnement de l'ouvrage public constitué par l'abattoir et ne relève pas, en tout état de cause, des cas dans lesquels, s'agissant d'éléments d'équipement dont la fonction exclusive est de permettre l'exercice d'une activité professionnelle dans l'ouvrage, la mise en jeu de la responsabilité décennale serait exclue en application des principes dont s'inspirent les dispositions de l'article 1792-7 du Code civil. Contrairement à ce que soutient la société appelante, ce n'est pas à tort que l'ordonnance attaquée, qui n'a pas omis de répondre au moyen tiré des caractéristiques de cet équipement, a estimé que les demandes qui étaient présentées devaient être appréciées dans le cadre de la garantie décennale des constructeurs ».

[11] CE 5 juin 2023, Société Rousseau, req. n° 461341.

[12] Concl. M. Marc Pichon de Vendeuil, sur CE 5 juin 2023, Société Rousseau, req. n° 461341.

[13] Cass. 3<sup>e</sup> civ. 19 septembre 2019, n° 18-21.361.

Le Conseil d'État poursuit ce faisant son œuvre d'autonomisation du régime de responsabilité des constructeurs en droit public.

Dans son récent revirement de jurisprudence opéré le 21 mars 2024<sup>[14]</sup>, la Cour de cassation offre une nouvelle occasion au juge administratif de renforcer ce processus d'autonomisation concernant les « équipements » en matière de responsabilité décennale.

Les juges de la Cour suprême considèrent désormais que l'élément d'équipement installé en remplacement ou par ajout sur un ouvrage existant, et qui ne constitue pas en lui-même un ouvrage, ne relève ni de la garantie décennale ni de la garantie biennale de bon fonctionnement, quelle que soit l'importance des désordres résultant de l'élément d'équipement.

La Cour de cassation renonce ainsi à sa jurisprudence établie depuis 2017<sup>[15]</sup> et décide que les désordres affectant cet élément relèvent désormais de la responsabilité contractuelle de droit commun des constructeurs. Cette responsabilité impose, à l'inverse de la responsabilité décennale, au maître de l'ouvrage, de rapporter la preuve de la faute de son cocontractant pour obtenir sa condamnation.

Cette jurisprudence, qui met en avant la responsabilité individuelle des constructeurs, va considérablement impacter les rapports entre les différents acteurs du droit privé de la construction, et particulièrement le droit immobilier.

De façon pragmatique, la nouvelle position du juge judiciaire pourrait rendre plus délicate l'indemnisation des maîtres d'ouvrage en cas d'insolvabilité de l'entrepreneur (du fait de l'exclusion des assurances).

Compte tenu de ces enjeux, il est crucial désormais de connaître la position du juge administratif sur cette question des équipements installés en remplacement ou par adjonction sur un ouvrage existant.

## Le juge administratif confirme la stricte application du droit privé concernant les règles de prescription et d'interruption d'instance

Le délai décennal peut-être interrompu par plusieurs événements au premier rang desquels peut être cité l'exercice d'une action en justice par le maître de l'ouvrage.

L'article 2241, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, issu de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 prévoit que « la demande en justice, même en référé, interrompt le délai de prescription ainsi que le délai de forclusion ».

[14] Cass. 3<sup>e</sup> civ. 21 mars 2024, n° 22-18.694.

[15] Cass. 3<sup>e</sup> civ. 15 juin 2017, n° 16-19.640.

des travaux pour la reconstruction d'un lycée technique, dans le cadre d'un marché conclu pour le compte de la région Île-de-France. Le département agissait en tant que mandataire du maître d'ouvrage.

La société Dumez invoquait des fautes commises lors de l'exécution du marché et sollicitait une indemnisation. Le tribunal administratif avait partiellement accédé à cette demande, mais la cour administrative d'appel avait ensuite annulé ce jugement, déclarant la requête irrecevable au motif que la société aurait dû engager une action en responsabilité contractuelle contre le mandataire considéré comme partie au marché.

Or, le Conseil d'État annule l'arrêt de la cour administrative d'appel, précisant que le mandataire du maître d'ouvrage, même s'il signe le marché de travaux, agit au nom et pour le compte du maître d'ouvrage et n'est pas lui-même partie audit marché et rappelle que les constructeurs doivent, en principe, diriger leurs actions en responsabilité contre le maître d'ouvrage. Toutefois, il précise que la responsabilité quasi-délictuelle du mandataire peut être engagée si des fautes sont commises en dehors du cadre du mandat.

À cette occasion, le Conseil d'État distingue ainsi clairement les actions qui relèvent de la responsabilité contractuelle, imputable au maître d'ouvrage, et celles qui pourraient engager la responsabilité quasi-délictuelle du mandataire pour des fautes commises en dehors du cadre de son mandat.

Ainsi, si le mandataire commet une faute dépassant le cadre de son mandat, il peut voir sa responsabilité quasi-délictuelle engagée directement (cf. : schéma n° 1). Cet apport est essentiel pour définir les limites de responsabilité et protéger les mandataires de réclamations qui relèvent en réalité du maître d'ouvrage.

Dans l'affaire du 21 mai 2024<sup>[11]</sup>, la commune des Abymes avait attribué à la société GTM Guadeloupe un lot n° 2, intitulé « Bâtiment » dans le cadre d'un marché public de travaux portant sur la reconstruction d'une école. La société avait signé l'acte d'engagement avec la société Icade Promotion, qui agissait en tant que mandataire de la commune.

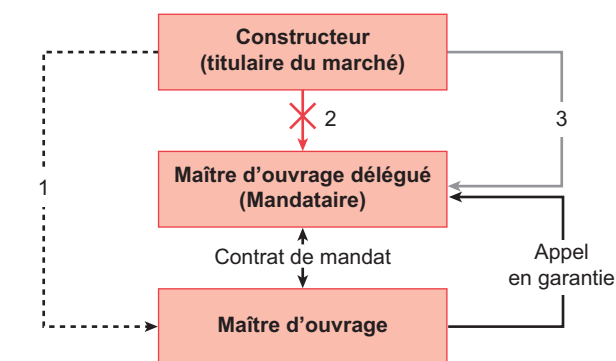
La société avait réalisé les travaux qui avaient été réceptionnés avec réserves. Ces réserves avaient été levées en octobre 2020, et un solde de 273 164,14 euros TTC avait été établi en sa faveur en juin 2021.

En l'absence de réponse à sa demande de paiement, la société avait saisi le juge des référés du tribunal administratif de Guadeloupe d'une demande de provision dirigée contre la commune sur le fondement des dispositions de l'article R. 541-1 du Code de justice administrative. Le tribunal administratif avait fait droit à sa demande, mais la cour administrative d'appel de Bordeaux avait ensuite annulé cette décision, au motif que la commune avait confié à son mandataire le soin

de payer les constructeurs et que celui-ci avait reçu les fonds lui permettant de s'acquitter de cette mission.

Or, sans surprise, le Conseil d'État annule l'arrêt de la cour administrative d'appel en estimant que celle-ci avait commis une erreur de droit en considérant que même si le mandataire de la commune avait reçu les fonds nécessaires pour le paiement, la société était fondée à engager la responsabilité de la commune et non du mandataire. L'affaire a été renvoyée à la cour administrative d'appel pour qu'elle statue à nouveau notamment sur les conclusions reconventionnelles présentées par la commune à l'encontre de son maître d'ouvrage délégué.

Plus récemment, le tribunal administratif de Bordeaux a jugé<sup>[12]</sup> qu'une société, titulaire de marchés de travaux pour la rénovation et la création d'outils de formation au Campus de la Formation Professionnelle, ne pouvait engager la responsabilité de la SCI en sa qualité de mandataire du maître d'ouvrage.



- Action en responsabilité contractuelle possible en cas d'absence de paiement du solde du marché
- Action en responsabilité contractuelle impossible si les fautes alléguées ont un lien avec le contrat de mandat
- Action en responsabilité quasi-délictuelle possible si les fautes alléguées n'ont pas de lien avec le contrat de mandat

## Le mandataire n'est pas non plus considéré comme une partie dans le cadre d'une action en annulation d'un marché

S'agissant des litiges relatifs à la passation des marchés, la cour administrative d'appel de Lyon a pu juger que, dans une procédure initiée par le préfet visant à obtenir l'annulation d'un marché, seule la collectivité soumise au contrôle de légalité et son ou ses cocontractants peuvent être considérés comme parties à l'instance. Le mandataire, n'étant pas partie au marché, ne peut donc pas être partie à cette procédure, et ce, même si le tribunal administratif l'a invité à présenter des observations :

[11] CE 21 mai 2024, req. n° 490688.

[12] TA Bordeaux 1<sup>er</sup> octobre 2024, req. n° 2105338.

# Responsabilité de la personne publique et éviction irrégulière du candidat à l'issue d'une procédure de passation : quelles nouveautés ?

Après avoir rappelé les règles classiques applicables à l'indemnisation du candidat irrégulièrement évincé, le Conseil d'État se prononce sur l'étendue du préjudice de ce candidat lorsque le contrat irrégulièrement attribué a été ensuite résilié peu de temps après sa conclusion. En cas de résiliation postérieure à l'attribution, l'indemnisation du candidat irrégulièrement évincé pourrait être impactée dans plusieurs cas de figure.

Lorsqu'un candidat a été irrégulièrement évincé d'une procédure de passation d'un contrat de la commande publique, celui-ci dispose de la possibilité d'engager la responsabilité quasi-délictuelle de l'acheteur public, afin d'obtenir réparation du préjudice lié à la perte de chance d'obtenir le contrat. D'emblée, il faut rappeler que par application des grands principes de la responsabilité administrative, la perte de chance doit être la conséquence directe de l'éviction irrégulière du candidat, et que le préjudice de ce dernier doit être certain. Dans la jurisprudence administrative, la réparation et l'étendue de ce préjudice varient donc selon que le candidat était dépourvu ou non de toute chance de remporter le marché ou s'il disposait d'une chance sérieuse de le remporter.

Par une décision en date du 24 avril 2024, le Conseil d'État vient rappeler les règles applicables à l'indemnisation des candidats évincés, et apporte des précisions sur l'exigence tenant au caractère certain du préjudice dans le cas où le contrat attribué aurait été résilié.

Plus précisément, dans cette affaire, un candidat avait été évincé d'une procédure de passation d'une délégation de service public pour l'exploitation de remontées mécaniques et de pistes de ski alpin de la commune de La Chapelle-D'abondance. Le tribunal administratif avait jugé l'éviction irrégulière, mais n'avait reconnu le droit à être indemnisé du candidat évincé que pour les frais de présentation de son offre.

Saisie en appel par la société évincée, la cour administrative d'appel de Lyon<sup>(1)</sup> a jugé que l'offre retenue était irrégulière et que la requérante avait perdu une chance sérieuse d'obtenir le contrat, celle-ci étant classée en deuxième position. Elle avait donc condamné la commune à indemniser le manque à gagner de la

## Auteurs

**Guillaume Gauch**  
Avocat associé

**Samuel Couvreur**  
Avocat directeur

**Alice Larmet**  
Avocate à la Cour

## Références

Références  
CE 24 avril 2024, Commune de La Chapelle-D'abondance, req. n° 472038

(1) CAA Lyon, 10 janvier 2023, req. n° 21LY00192.

# Fraude dans le paiement d'un marché public : un double appel à la vigilance en direction de l'acheteur et du titulaire

Victime d'une escroquerie au paiement, le cocontractant public est tenu de payer les sommes dues entre les mains du véritable titulaire du marché et ce alors même que le titulaire a communiqué des informations au fraudeur qui ont permis la manœuvre frauduleuse. Cependant, la personne publique peut rechercher la responsabilité du titulaire qui a commis une faute en contribuant à la commission de la fraude.

**E**n exécution d'un marché conclu par le Grand Port maritime de Bordeaux (ci-après GPMB) et la société Liebherr grues à tour, portant sur la fourniture et la mise en service d'une grue à tour sur portique sur le site du pôle naval de Bassens, le GPMB a effectué un premier versement sur le compte bancaire du titulaire.

Les virements ultérieurs ont été effectués sur un compte bancaire frauduleux qui avait été présenté au GPMB comme celui du titulaire par un arnaqueur qui avait réussi à se faire passer pour la société Liebherr grues à tour, après avoir obtenu, de façon frauduleuse, auprès des collaborateurs de la société titulaire, des informations sur les conditions administratives et financières de l'exécution dudit marché.

La société titulaire, qui n'avait donc pas perçu les sommes dues en exécution du marché, a demandé le paiement des sommes au GPMB lequel a refusé, estimant que les versements effectués sur le compte frauduleux étaient libératoires. Le titulaire a saisi le tribunal administratif de Bordeaux en paiement des sommes dues, qui a fait droit à sa demande. L'appel formé par le GPMB a été rejeté par la cour administrative d'appel de Bordeaux. Le GPMB a alors formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt en invoquant notamment la théorie du créancier apparent, pour justifier son refus de payer le titulaire, arguant qu'il avait déjà versé les sommes dues sur le compte frauduleux qu'il pensait, de bonne foi, appartenir au titulaire.

La question qui se posait était donc celle de savoir si les dispositions de l'article 1342-3 du Code civil relatives au créancier apparent étaient ou non applicables en cas d'usurpation d'identité dans l'exécution financière d'un marché public.

Suivant son rapporteur public, le Conseil d'État répond, pour la première fois, par la négative confirmant ainsi l'interprétation retenue par le juge d'appel des dispositions précitées.

## Auteur

**Marie Lhéritier**  
Avocate associée  
Cabinet Lhéritier Avocats

le tiers à ne pas vérifier les limites exactes de ces pouvoirs<sup>[6]</sup>. La Cour de cassation a ultérieurement censuré un arrêt d'appel au motif que les juges du fond n'avaient pas relevé « de circonstances ayant autorisé » le tiers à ne pas vérifier les pouvoirs du mandant<sup>[7]</sup>.

La théorie de l'apparence ne peut donc exonérer le tiers trompé qu'à la condition que les circonstances l'autorisent à ne pas vérifier les limites du pouvoir du mandant. L'application de cette théorie est donc par définition casuistique puisqu'elle dépend étroitement des circonstances de fait dans lesquelles le tiers a pu croire légitimement dans les apparences et donc, des informations à sa disposition.

En droit des contrats publics, l'application de la théorie du mandat apparent au stade de la formation du contrat avait déjà été écartée. En ce sens, le Conseil d'État avait confirmé la nullité d'un marché signé par un conducteur de travaux appartenant à la société attributaire, alors que les dispositions du Code des marchés publics en vigueur exigeaient du pouvoir adjudicateur qu'il vérifie l'habilitation de la personne représentant la société à signer le marché, ce qui excluait la prise en compte de l'apparence de qualité de celui qui prétendait pouvoir signer le marché<sup>[8]</sup>.

Dans la décision commentée, le Conseil d'État retient une analyse comparable dans l'exécution financière du marché litigieux, en cas de fraude pour retenir que les dispositions de l'article 1342-3 du Code civil « ne sont pas applicables aux contrats administratifs »<sup>[9]</sup> suivant en cela son rapporteur public.

Celui-ci relevait que les dispositions de l'article 1342-3 du Code civil n'avaient pas été conçues pour régler le cas d'une apparence frauduleuse, mais pour régler les situations dans lesquelles un mandataire excédait les termes du mandat consenti. Il relevait également que le décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique qui dispose « le paiement est libératoire lorsqu'il est fait au profit du créancier ou de son représentant qualifié. Les cas dans lesquels il peut être fait entre les mains d'une autre personne sont fixés par décret pris sur rapport du ministre chargé du budget »<sup>[10]</sup>, ne renvoie nullement au Code civil, contrairement à d'autres dispositions de ce même décret qui opèrent un renvoi exprès<sup>[11]</sup>. Il y voit le signe de ce que la théorie du créancier apparent est inapplicable au paiement des marchés publics effectués entre de mauvaises mains au terme d'une fraude<sup>[12]</sup>.

En outre, il faut également souligner que dans le cadre très formalisé de la conclusion des contrats de la

commande publique, on voit difficilement comment la théorie du créancier apparent pourrait être utilement invoquée par l'acheteur, si l'on s'en tient à la seule conception retenue par la Cour de cassation en matière de mandat apparent qui impose au juge du fond de relever les circonstances qui autorisent le tiers à ne pas vérifier les limites du mandat pour appliquer cette théorie.

En effet, les marchés publics sont des contrats écrits dont la traçabilité à tous les stades de la passation est assurée, en vue d'une bonne utilisation des deniers publics – il n'est pas inutile de le rappeler<sup>[13]</sup>. En d'autres termes, dès attribution du marché, les acheteurs disposent de l'ensemble des documents nécessaires à l'identification et aux conditions de règlement des prestations du titulaire qui a déjà fourni toutes les pièces requises, notamment, l'acte d'engagement qui comporte outre l'identité du représentant – mais celle-ci a été usurpée dans notre cas – les coordonnées bancaires du titulaire. La personne publique a donc objectivement les moyens de vérifier ces coordonnées au moment du paiement en consultant l'acte d'engagement, sans donc se livrer à des recherches approfondies.

Enfin, en cas d'incohérence faisant naître un doute, la personne publique peut toujours, comme l'y invitait judicieusement un précédent commentateur, interrompre le délai de paiement, dans l'attente du résultat de la vérification et en informer le créancier, en application du Code de la commande publique<sup>[14]</sup>.

Suivant son rapporteur public, le Conseil d'État refuse donc dans sa décision du 21 octobre dernier, d'appliquer les dispositions de l'article 1342-3 du Code civil aux contrats administratifs considérant que le pouvoir adjudicateur qui paie de bonne foi les factures reçues sur le compte d'un escroc qui usurpe l'identité du titulaire du marché ne peut pas se prévaloir de la théorie du créancier apparent pour s'opposer à la demande de paiement du véritable créancier.

Ce faisant le Conseil d'État confirme le mouvement initié par plusieurs cours administratives d'appel et tribunaux administratifs qui ont expressément écarté la théorie du créancier apparent en matière d'exécution financière des marchés publics, en cas de paiement obtenu par fraude<sup>[15]</sup>.

[13] CCP, art. L. 3 : « Les acheteurs et les autorités concédantes respectent le principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique. Ils mettent en œuvre les principes de liberté d'accès et de transparence des procédures, dans les conditions définies dans le présent code. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. ».

[14] J. Diethoeffer, « Exécution – obligation de paiement de l'acheteur à la suite d'une fraude à la facture », *Contrats et Marchés publics* n° 7, juillet 2024, comm 184.

[15] CAA Douai 26 mars 2024, req. n° 22DA01355, J. Diethoeffer, *Contrats et Marchés publics* n° 7, juillet 2024, comm 184 « Exécution – obligation de paiement de l'acheteur à la suite d'une fraude à la facture » ; CAA Nancy 22 décembre 2022, req. n° 20NC02692 ; CAA Paris 10 avril 2018, req. n° 17PA03697. Les tribunaux administratifs ont rendu des jugements récents dans le même sens avant la décision commentée : TA Poitiers 4 octobre 2024, req. n° 2202205 ; TA Strasbourg 17 août 2023, req. n° 23033179.

[6] Cass. ass. plén., 13 décembre 1962, n° 57-11.569.

[7] Cass. com. 5 octobre 1993, n° 91-17.109 : *Bull. civ. IV*, n° 319.

[8] CE 17 décembre 2008, OPAM, req. n° 282178.

[9] Considérant 4 de la décision commentée CE 21 octobre 2024, req. n° 487929.

[10] Article 36 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

[11] Tel est le cas des articles 39 et 40 du décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 ;

[12] Concl. N. Labrune, sous CE 21 octobre 2024, req. n° 487929.

Le rehaussement de son contrôle par le Conseil d'État nous semble ainsi susceptible d'entraîner des conséquences importantes, s'agissant non seulement des indemnités contractuellement fixées en cas de résiliation, mais également s'agissant des clauses contractuelles impliquant un abandon par la personne publique de sommes lui étant en principe dues et par conséquent, notamment dans le cadre de clauses limitatives de responsabilité.

En effet, le principe d'interdiction des libéralités sur lequel se fonde la jurisprudence *SNC Grasse-Vacances* a également vocation à s'appliquer lorsque l'administration renonce à une partie de sa créance<sup>[32]</sup>.

Ainsi, si l'administration ne peut payer une somme supérieure au préjudice subi par son cocontractant, elle ne peut, en miroir, percevoir une somme inférieure au préjudice qu'elle subit.

Ainsi, alors que les personnes publiques peuvent toujours limiter, sans contrainte, leur responsabilité, les personnes privées ne le peuvent plus, dès lors que

l'indemnité versée à la personne publique ne saurait jamais être inférieure au préjudice que cette dernière a pu subir.

Une telle accentuation de l'asymétrie entre personnes publiques et privées a pu être critiquée<sup>[33]</sup>. Il nous semble en effet que ce qui a été présenté comme un « ajustement » de la position du Conseil d'État<sup>[34]</sup> revient en réalité à remettre en cause de façon radicale les clauses limitatives de responsabilité librement négociées jusqu'à présent.

On observe une tendance similaire en matière d'application de pénalités contractuelles par les acheteurs publics, la liberté traditionnelle qui leur était laissée de ne pas appliquer les pénalités de retard dans le cadre d'une exécution raisonnée des contrats<sup>[35]</sup> étant récemment questionnée, par crainte de consentir au cocontractant une libéralité<sup>[36]</sup>.

À l'évidence, à l'heure d'une prise de conscience de la nécessaire maîtrise du dérapage des finances publiques et de la rareté des fonds publics, le signal clairement assumé, par l'administration et son juge, est de protéger les deniers publics, quitte à limiter la liberté contractuelle des personnes publiques – celles-ci étant dorénavant considérées comme la partie faible – et ce, au détriment des opérateurs privés.

[32] En ce sens, G. Le Chatelier, concl. sur CE Ass. 6 décembre 2002, Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Hay-les-Roses et société CDI 2000, req. n° 249153, *RFDA* 2003 p. 291 : « Il s'agira donc de mettre en balance, d'une part, la valeur de la part de sa créance à laquelle renoncera l'administration et, d'autre part, l'avantage au regard de l'intérêt général que représente la conclusion de la transaction, notamment en termes de résolution plus rapide du litige. Un déséquilibre trop marqué entre les deux termes de l'équation sera alors la marque d'une libéralité de la part de la collectivité publique que vous ne pourrez valider ».

[33] Voir l'article de J. Bousquet, préc.

[34] T. Pez-Lavergne, préc.

[35] CE 28 octobre 1953, Société Comptoir des textiles bruts et manufacturés, req. n° 89449 ; CE 15 mars 1999, Jarnac, req. n° 190720.

[36] Voir en ce sens CDBF, 23 novembre 2022, ECPAD, n° 263-796.

[illegible]

Tarifs valables pour tout nouvel abonnement jusqu'au 31/12/2024. Nos tarifs s'entendent TTC, selon les taux en vigueur à la date du passage de votre commande. • Une facture « acquittée » vous sera systématiquement adressée avec votre commande. • Les CGV sont disponibles auprès de notre service clients sur simple demande au 0199.06.70.00. • Les informations à caractère personnel recueillies ci-dessus font l'objet d'un traitement par la société Groupe Moniteur afin de traiter et d'exécuter votre commande. Elles sont conservées dans un fichier informatique que Groupe Moniteur ou toute société du groupe INFOPRO Digital, dont Groupe Moniteur fait partie, pourra utiliser afin de vous envoyer des propositions utiles à votre activité professionnelle. Toute demande liée à l'exercice de vos droits d'accès, d'opposition, de suppression, de retrait du consentement doit être envoyée à l'adresse suivante : [rgpd.editions@infopro-digital.com](mailto:rgpd.editions@infopro-digital.com). La Charte Données personnelles du groupe INFOPRO Digital est disponible sur le site <https://www.infopro-digital.com/fr/protection-des-donnees/fr>

Acceptez-vous de recevoir des propositions utiles à votre activité professionnelle de la part de tiers ? ☐ oui ☐ non