

Aussi, à l'instar de ce que la Cour de cassation juge de manière constante pour la construction de bâtiments tampons pendant les travaux de reprise pour permettre un maintien de l'activité dans l'ouvrage², les frais relatifs à des prestations de surveillance supplémentaires pendant les travaux de reprise doivent relever de garanties relatives aux dommages immatériels, pouvant certes être souscrites auprès des assureurs dommages-ouvrage mais de manière supplémentaire et facultative.

**Julie Gomez
Adaltys**

Travaux supplémentaires : la verbalisation de la demande condition suffisante à leur paiement

■ CE, 17 mars 2025, n°491682

Faits

Par un contrat conclu en 2015, l'office public de l'habitat Toulon Habitat Méditerranée (OPH) a confié à la société E., le lot n° 3, relatif aux terrassements, aux fondations et au gros-œuvre, d'un marché public de travaux à prix global et forfaitaire ayant pour objet la construction de 122 logements sociaux.

Après réception des travaux intervenus en 2007, un désaccord est apparu quant au décompte du marché. Le décompte général, notifié au titulaire, faisant apparaître un solde à régler au titulaire du montant de 352 958,84 € TTC.

La société E. a alors saisi le tribunal administratif d'une demande de condamnation de l'OPH au versement d'une rémunération complémentaire de 60 729,49 € HT au titre de travaux supplémentaires réalisés sans qu'un ordre de service ne lui ait été notifié.

Le tribunal administratif a, en grande partie, fait droit à sa demande en condamnant l'OPH au versement de la quasi-totalité des sommes réclamées par la société E. La cour administrative d'appel de Marseille a réformé cette décision au motif que la société E. ne justifiait pas du caractère indispensable des prestations pour la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art.

La société E. forme un pourvoi en cassation.

Question

Dans le cadre d'un marché à prix global et forfaitaire, les travaux supplémentaires réalisés sans notification d'un ordre de service ouvrent-ils droit à un paiement sans que ne soit démontré leur caractère indispensable à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art ?

Décision

Le Conseil d'État annule partiellement l'arrêt rendu par la cour administrative d'appel de Marseille en

énonçant que : « lorsque le titulaire d'un marché public de travaux conclu à prix global et forfaitaire exécute des travaux supplémentaires à la demande, y compris verbale, du maître d'ouvrage ou du maître d'œuvre, il a droit au paiement de ces travaux, quand bien même la demande qui lui en a été faite n'a pas pris la forme d'un ordre de service notifié conformément à ce que prévoient en principe les stipulations du cahier des clauses administratives générales. En revanche, lorsque le titulaire du marché exécute de sa propre initiative des travaux supplémentaires, il n'a droit au paiement de ces travaux que s'ils étaient indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art ».

Commentaire

Par cette décision, classée B et donc mentionnée aux tables du recueil Lebon, les juges du Palais Royal ont assoupli le régime juridique encadrant le droit au paiement des travaux supplémentaires réalisés en cours d'exécution d'un marché de travaux conclu à prix global et forfaitaire.

Il est de jurisprudence constante qu'en principe dans le cadre d'un marché à prix global et forfaitaire, l'entreprise titulaire peut obtenir un supplément de prix en cas de réalisation de prestations supplémentaires dans deux hypothèses distinctes :

- Lorsque ces prestations ont été réalisées sur ordre de service régulier, ou sur avenant.
- Lorsqu'elles sont « indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art ».

C'est notamment dans la droite lignée de ces jurisprudences que la cour administrative d'appel de Marseille a annulé le jugement rendu par le tribunal administratif de Toulon condamnant l'OPH en considérant que les travaux dont la société E. sollicitait la rémunération n'avaient fait l'objet d'aucun ordre de service régulièrement émis.

Néanmoins, par sa décision du 17 mars 2025, le Conseil d'État, tout en se fondant sur les stipulations de l'article 14 du CCAG-Travaux énonçant que le titulaire du marché conclu à prix global et forfaitaire a droit à indemnisation des travaux supplémentaires « ordonnés par le maître d'œuvre », entend modérer le formalisme nécessaire au paiement de ces travaux.

Il précise notamment que lorsque sont exécutés des travaux supplémentaires par le titulaire d'un marché conclu à prix global et forfaitaire sur demande, y compris verbale, du maître d'ouvrage et/ou du maître d'œuvre, celui-ci a droit à leur paiement « quand bien même la demande qui lui a été faite n'a pas pris la forme d'un ordre de service notifié conformément » aux stipulations du CCAG.

Par ailleurs, il indique également que les travaux exécutés par le titulaire « de sa propre initiative » ne lui ouvrent pas droit à leur paiement, sauf à ce qu'ils aient été « indispensables à la réalisation de l'ouvrage dans les règles de l'art » conformément au principe ci-avant rappelé.

² Voir Cass. 3^e Civ., 15 janvier 2014, n° 11-28.781.

Au cas présent, le juge de cassation a donc annulé l'arrêt rendu par le juge d'appel rejetant purement et simplement la demande de rémunération des prestations supplémentaires sollicitées en cours d'exécution par le maître d'œuvre sans formalisation par un ordre de service.

Ainsi, et sans que cela ne soit sans conséquence, cet adoucissement du formalisme nécessaire au droit à rémunération des travaux supplémentaires dans le cadre d'un marché conclu à prix global et forfaitaire permet d'adapter le droit à la réalité opérationnelle d'un chantier nécessitant parfois une réactivité immédiate faisant fi du formalisme requis.

Cependant, la règle ainsi énoncée, il est fort probable qu'elle soit annonciatrice de longues discussions et désaccords entre maîtres d'ouvrage et titulaires sur le terrain probatoire au stade de l'établissement des comptes des marchés. En effet, encore faut-il que l'entrepreneur soit en mesure de rapporter la preuve de l'existence de l'ordre verbal formulé par l'administration.

Le principe de prudence appellerait donc qu'un entrepreneur confronté à un ordre verbal s'assure, par écrit, de la confirmation par le maître d'ouvrage ou le maître d'œuvre, de la volonté de ces derniers de réaliser les travaux supplémentaires ou, a minima, qu'il accuse réception par écrit dudit ordre verbal en précisant l'objet de ce dernier.

**Xavier Heymans,
Manon Duval
Eléna Ivanov**

**Commentaire rédigé conjointement par les équipes
d'Adaltys et de LexCity avocats.**

Vente et contrats spéciaux

L'irrégularité d'un sous-sous-critère de développement durable peut conduire à l'annulation de la procédure d'un marché public

■ TA de Strasbourg, 14 février 2025, n° 2500383

Faits

Le 15 juillet 2024, le département de la Moselle publie un avis de marché ayant pour objet la fourniture et la pose de matériels de signalisation verticale divisé en trois lots.

Les lots 1 et 2 sont attribués à la société S., et le lot 3 à la SAS K. Les attributaires sont notifiés le 7 janvier 2025.

La SAS K. saisit le juge des référés d'un recours précontractuel afin de faire annuler la procédure d'attribution des lots 1 et 2. Elle soulève plusieurs manquements du pouvoir adjudicateur, à savoir une mauvaise définition du besoin, un manquement à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, et notamment l'irrégularité d'un sous-sous-critère lié à la politique de développement durable de l'entreprise dépourvu de lien direct avec l'objet du contrat.

Question

L'irrégularité d'un sous-sous-critère de développement durable peut-elle léser un soumissionnaire de sorte que l'annulation de la procédure soit prononcée ?

Décision

Le juge accède à la demande de la SAS K. en ce qu'elle concerne la méthode de notation et la précision des sous-sous-critères relatifs au lot 1. La procédure est donc annulée et remise au stade de l'analyse des offres.

Le tribunal administratif reconnaît que l'irrégularité d'un sous-sous-critère peut léser un candidat dès lors qu'il n'est pas en lien direct avec l'objet du marché.

Commentaire

En premier lieu, le juge rappelle que la condition pour agir en référé précontractuel est que le requérant soit lésé, directement ou indirectement, par le manquement du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence.

En deuxième lieu, il analyse le degré de précision lors de la détermination du besoin du pouvoir adjudicateur, ainsi que les autres moyens soulevés par la société requérante quant au bordereau des prix unitaires et au taux de remise prévu. Le juge considère que le besoin aurait pu être établi de manière plus précise ; cependant, il relève que cela n'a aucunement contribué à léser la société requérante et considère donc qu'aucun des moyens invoqués par la SAS K. ne peut former une demande fondée.

En troisième et dernier lieu, il évoque l'irrégularité du sous-sous-critère relatif à la politique de développement durable de l'entreprise tel que prévu. En l'espèce, le critère de valeur technique était décomposé en plusieurs sous-critères, dont celui de la « démarche environnementale » qui était lui-même décomposé en cinq sous-sous-critères dont celui de la « politique de développement durable de l'entreprise ».

Le juge affirme que ce sous-sous-critère reprend tous les autres d'ores et déjà exposés. Partant de cette constatation, il reconnaît que ce sous-sous-critère est irrégulier et ajoute qu'il n'est pas suffisamment en lien avec l'objet du marché ; ce faisant, ce sous-sous-critère fait naître un préjudice envers la SAS K, celle-ci ayant obtenu de meilleures notes que l'attributaire sur ce poste-là.

L'apparition du développement durable au sein des contrats de la commande publique est dorénavant codifiée et les critères environnementaux sont nécessaires. Toutefois, le juge consacre par cet arrêt une nouvelle nécessité : celle de l'efficacité du critère, et même du sous-sous-critère.

Alors même que les politiques de développement durable au sein des entreprises ainsi que les démarches RSE ont longtemps relevé de l'incitation, de la compliance ou encore de normes, le juge prononce une sanction à l'encontre d'un sous-sous-critère qui n'est pas pertinent ; il ne s'agit plus seulement de consacrer l'existence des critères de développement