

N° 380419

Commune de Bihorel

7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies

Séance du 18 novembre 2015

Lecture du 7 décembre 2015

- A

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Au début de l'année 2007, le syndicat intercommunal Bihorel Bois-Guillaume de la piscine Transat a confié à la société Lanos isolation l'exécution du lot n° 3, menuiseries intérieures, des travaux de réfection de la couverture du toboggan de la piscine, M. B..., architecte, en assurant la maîtrise d'œuvre et la société Norisko construction le contrôle technique. La société Lanos a sous-traité à l'entreprise Lassarat la réalisation d'un pare-vapeur en résine pour les panneaux d'habillage de la trémie d'accès au toboggan. Peu après la réception sans réserve des travaux, prononcée à compter du 27 novembre 2007, divers désordres sont apparus affectant la trémie d'accès au toboggan, consistant en des fissures aux droits de la jonction entre certaines plaques de contreplaqué constituant cette trémie, des décollements du revêtement de résine recouvrant ces plaques et en un phénomène de condensation probablement du à ces désordres. L'expert désigné par le juge des référés du TA de Rouen a attribué ces désordres à des erreurs de conception, d'exécution et de suivi des travaux et évalué les travaux de reprise à un coût supérieur à celui de l'ensemble du marché (154 170 euros).

Le Syndicat intercommunal a saisi le TA de conclusions tendant à la condamnation solidaire de l'architecte, de la société Lanos et du contrôleur technique sur le fondement de la responsabilité décennale des constructeurs et de la garantie de parfait achèvement ainsi qu'à celle de la société Lassarat sur celui de la responsabilité quasi-délictuelle. Le tribunal a rejeté ces dernières mais condamné les constructeurs, à l'exception du contrôleur technique, à payer à la commune de Bihorel, qui s'était substituée au syndicat intercommunal, la somme fixée par l'expert. Il a également condamné la société Lanos et la société Lassarat à garantir l'architecte à hauteur respectivement de 70 % et 10 % des sommes mises solidairement à sa charge. La société Lanos a seule interjeté appel, M. B... et la société Lassarat formant des appels incident et provoqué.

Par un arrêt du 4 mars 2014 contre lequel la commune de Bihorel se pourvoit en cassation, la CAA de Douai a annulé le jugement et rejeté sa demande à l'encontre de l'ensemble des constructeurs, au motif que les désordres n'étaient pas de nature à ouvrir droit à la garantie décennale. Elle a par ailleurs confirmé l'irrecevabilité des conclusions du maître d'ouvrage tendant à l'engagement de la responsabilité quasi-délictuelle du sous-traitant.

Vous ferez tout d'abord droit au moyen tiré de ce que la cour a omis de statuer sur la responsabilité du maître d'œuvre, de la société Lanos et de la société Lassarat au titre de la garantie de parfait achèvement.

Cette garantie était clairement invoquée à l'encontre de ces trois personnes devant le TA qui n'y a pas répondu puisqu'il a retenu la garantie décennale, soulevée à titre principal. Elle l'était également en appel à l'encontre de la société Lanos, comme l'a d'ailleurs indiqué la cour dans les visas de son arrêt. En ce qui concerne la maîtrise d'œuvre et le sous-traitant, la commune, qui était intimée face à eux, ne l'avait pas expressément abandonnée (6 octobre 2008, *Sté coopérative ouvrière de production*, n° 283014 – B). La cour devait donc y répondre pour l'ensemble des parties, alors même que le maître d'œuvre et le sous-traitant n'y étaient pas tenus, cette garantie n'étant due que par les entrepreneurs liés par contrat avec le maître d'ouvrage. Ces motifs sont en effet relatifs au bien fondé de la demande, non à l'opérance des moyens.

Ce moyen ne conduisant qu'à la cassation de l'arrêt en tant que la cour a omis de se prononcer sur cette garantie, vous devrez examiner ceux dirigés contre les motifs de l'arrêt relatifs à la garantie décennale des constructeurs et à la responsabilité extra-contractuelle du sous-traitant, qui posent des questions plus délicates.

Tel n'est pas le cas des deux moyens dirigés contre l'appréciation portée par la cour sur les conséquences des désordres et leur gravité, qui est souveraine (10 juin 1994, *SA GFTC*, n° 124761, p. 316 ; 25 mars 1996, *Ville du Havre*, n° 140691, RDI 1996 p. 374 ; 9 juillet 2010, *Commune de Lorry-les-Metz*, n° 310032, BJCP 2010, n° 72, p. 349, concl. Dacosta ; 9 déc. 2011, *commune de Mouans Sartoux*, n° 346189). Par une motivation tout à fait suffisante, la cour a relevé que les désordres que nous avons décrits étaient ponctuels et limités et ne compromettaient ni la solidité de l'ouvrage, ni son utilisation conforme, qui n'avait jamais cessés. Ces motifs sont exempts d'erreur de droit et ne sont entachés d'aucune dénaturation, ni la circonstance que les usagers « sont en droit d'attendre un endroit propre et agréable » ni le coût des travaux de reprise ne démontrant à eux seuls que les désordres présentent un caractère décennal.

Plus délicat est le moyen tiré de ce que la cour aurait irrégulièrement fait bénéficier M. B... de l'inapplicabilité de la garantie décennale alors qu'il ne l'avait pas invoquée.

Contrairement à ce que soutient la commune, il ne s'agit pas du respect, par la cour, du périmètre des conclusions dont elle était saisie. M. B... demandait bien l'annulation du jugement qui l'avait solidairement condamné à indemniser la commune des conséquences dommageables des désordres. En annulant le jugement et rejetant la demande de la commune, la cour n'a donc pas statué au-delà des conclusions d'appel provoqué de M. B..., comme elle l'aurait fait si elle avait étendu à une partie une annulation qu'elle n'avait pas demandé. Vous avez jugé dans cette dernière hypothèse que la circonstance que les différentes parties aient été membres d'un groupement solidaire ne fait pas obstacle à ce qu'elles adoptent des stratégies contentieuses différentes et présentent des conclusions distinctes auxquelles le juge doit se tenir (31 mai 2010, *Société Bureau de Conception et de Coordination du Bâtiment*, n° 323948, aux T).

En revanche, la cour a fondé la réponse qu'elle a faite aux conclusions de M. B... sur le motif – le caractère non décennal des désordres – qu'elle avait retenu pour faire droit à l'appel principal, lequel l'avait invoqué, mais qui ne correspondait pas à un moyen que

M. B... avait soulevé. Or, contrairement à d'autres conditions d'engagement de la responsabilité décennale, telle que la qualité de constructeur (CE, 13 novembre 1987, *Syndicat intercommunal pour la création et le fonctionnement de l'école des Clos*, p. 365) ou la question de l'existence du prononcé de la réception des travaux (CE, 5 janvier 1962, *Sieur Rietsch*, p. 11 ; CE, 20 janvier 1982, *D...*, T.), le caractère décennal des désordres n'est pas d'ordre public (CE, 8 décembre 1997, *Commune de Nancy*, n° 160996, T.), pas davantage d'ailleurs que l'expiration du délai de la garantie (CE, 5 novembre 1965, *Ministre de la construction c/ Sté Henri Ducassou*, p. 589). Ces jurisprudences témoignent de l'ambivalence du régime juridique de la responsabilité décennale, responsabilité à la fois légale par ses fondements et contractuelle par la nature des obligations qu'elle garantit. Certaines de ses conditions d'engagement relèvent du champ d'application de la loi et s'imposent aux parties comme au juge tandis que d'autres dépendent des moyens des parties. Il ne fait donc aucun doute que si M. B... avait été le seul appelant, la cour n'aurait pu retenir d'office l'absence de caractère décennal des désordres.

Dans la rigueur des principes, ce moyen, qui n'est pas d'ordre public, ni en lui-même ni par l'autorité des motifs qui sont le soutien nécessaire de l'annulation du jugement en tant qu'il concerne l'appelant principal, qui n'en a pas à l'égard d'une autre partie, ne devrait pas pouvoir bénéficier à cette autre partie.

Mais cette rigueur nous semble placer le juge dans une position intenable pour lui et incompréhensible pour les parties lorsque la même juridiction est saisie d'un même litige mettant en jeu une responsabilité solidaire à laquelle sont tenus les cocontractants. Il nous semble difficile que la juridiction puisse alors répondre à des conclusions aux mêmes fins en ignorant pour un appelant ce qu'elle vient de juger pour l'autre, alors même que son appel tend à le protéger contre les conséquences sur ses intérêts des autres appels. S'il est envisageable de dresser des écrans entre des litiges distincts, nous ne voyons pas comment le faire dans un même litige. Dans cette configuration, si les conclusions de chaque partie conservent leur autonomie, les moyens à l'appui de ces conclusions, lorsqu'elles sont identiques, doivent valoir pour l'ensemble des parties qui les ont présentées. Cette solution vaut dans notre esprit aussi bien en première instance qu'en appel ou en cassation, en cas d'action mettant en cause des personnes solidairement responsables.

Ce résultat est d'ailleurs le plus souvent obtenu par le seul effet de l'unité de l'instruction dont le litige fait l'objet, qui conduit à notifier à toutes les parties l'ensemble de leurs productions, ce qui permet à chacune de s'approprier les moyens des autres. Cela explique probablement que vous n'ayez encore jamais eu l'occasion de répondre à cette question dont les termes ne présentent aucune actualité particulière.

Ajoutons enfin qu'au cas d'espèce, l'annulation de l'arrêt sur ce point n'aurait d'autre effet que de retarder le rejet des prétentions de la commune à l'encontre de M. B... qui ne manquerait pas de soulever devant la cour de renvoi le caractère non décennal des désordres. Mais cette circonstance ne doit pas vous influencer, dans la mesure où la réponse que vous ferez à la question qui vous est posée sera d'application générale.

Le dernier moyen porte sur les motifs par lesquels la cour a confirmé le rejet des conclusions de la commune dirigées contre le sous-traitant de l'entrepreneur principal. Elle a jugé qu'elle n'était pas fondée à demander sa « condamnation, sur le fondement de sa responsabilité quasi-délictuelle, à l'indemniser à raison de désordres qu'elle impute exclusivement à un défaut de réalisation, par cette société, de ses prestations contractuelles ».

La commune n'ignore pas que cette solution est l'application de votre jurisprudence *cne de Voreppe* du 30 juin 1999 (n° 163435, au recueil), par laquelle vous avez affirmé, contrairement aux conclusions de votre commissaire du gouvernement, que « seules les personnes ayant passé avec le maître de l'ouvrage un contrat de louage d'ouvrage peuvent être condamnées envers le maître de l'ouvrage à réparer les conséquences dommageables d'un vice de cet ouvrage imputable à sa conception ou à son exécution » et rejeté en conséquence les conclusions présentées à l'encontre d'un sous-traitant, alors même qu'elles l'étaient sur le terrain quasi-délictuel. Vous l'avez confirmée quelques années plus tard par une décision *Cne de Gap* du 25 juin 2004 (n° 221563) et elle doit être bien intégrée par les maîtres d'ouvrage puisque vous n'avez depuis pas eu d'autres occasions d'en faire application.

Le pourvoi vous invite à l'abandonner et à vous rapprocher, ce faisant, de la jurisprudence judiciaire qui admet aujourd'hui de manière générale que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel, dès lors que ce manquement lui a causé un dommage » (*Cass, Plén, 9 oct 2006*, consorts Loubeyre et autre c/société Myr'Ho SARL, n° 05-13.255 ; *Cass., Civ. 3^e, 2 nov. 2011*, n° 10-20499, n° 10-23760), "sans avoir à apporter d'autre preuve", a-t-elle précisé ultérieurement (*Cass., Civ., 1^e, 15 mai 2007*, n° 05-16.926 ; *Cass., Civ. 3^e, 17 avril 2013*, n° 12-14.409, *Cass., Civ. 3^e, 9 juillet 2013*, n° 12-20.453 ; *Cass., Civ., 2^e, 22 mai 2014*, n° 13-12.717 ; *Cass., Civ. 1^e n° 14-22.707*).

Elle avait déjà ouvert au maître d'ouvrage la possibilité d'engager la responsabilité quasi-délictuelle du sous-traitant (*Cass., Ass. Plén., 12 juill. 1991* ; *Cass., Civ. 3^e, 10 janv. 2001*), mais la position prise en 2006 est beaucoup plus générale. Elle met fin à une divergence entre les chambres civiles et commerciale sur la nature de l'obligation méconnue, la chambre commerciale jugeant que les tiers ne pouvaient se prévaloir de l'inexécution du contrat sur le fondement de la responsabilité délictuelle qu'à la condition que cette inexécution constitue un manquement à une obligation non contractuelle (Com, 8 octobre 2002, n° 98-22.858 ; Com, 17 juin 1997, n° 95-14.535), les chambres civiles considérant au contraire qu'un manquement contractuel pouvait engager la responsabilité délictuelle de son auteur s'il causait un dommage à un tiers, principe que l'Assemblée plénière a consacré en 2006.

Nous ne vous proposerons certainement pas d'adopter une position aussi radicale qui n'a pas fait l'unanimité, loin s'en faut, parmi la doctrine privatiste. L'une des principales critiques faite à cette assimilation entre faute contractuelle et faute délictuelle, outre l'atteinte profonde qu'elle représente au principe de l'effet relatif des contrats et la confusion qui en résulte entre les notions de parties et de tiers au contrat, est qu'elle ne permet pas à l'auteur du manquement de se prévaloir des limitations contractuelles de sa responsabilité, alors même qu'elle trouve dans le contrat son fondement.

En plus de ces objections très sérieuses, deux raisons au moins nous retiennent de vous proposer d'adopter la même solution.

La première est que vous l'avez très explicitement et en parfaite connaissance de la jurisprudence judiciaire¹ écartée par une décision récente dans une formation supérieure, en jugeant que « les tiers à un contrat administratif ne peuvent en principe se prévaloir des stipulations de ce contrat, à l'exception de ses clauses réglementaires. Dès lors, la qualité de

1 cf. conclusions N. Boulouis.

tiers au contrat fait obstacle à ce qu'un requérant se prévale d'une inexécution du contrat dans le cadre d'une action en responsabilité quasi-délictuelle » (Section, 11 juillet 2011, *Mme E...*, n° 339409).

La seconde est que l'évolution de la jurisprudence judiciaire correspond à des problématiques propres au droit privé, ce pourquoi vous n'avez pas estimé nécessaire de vous en inspirer. Il serait présomptueux de notre part d'essayer d'en rendre compte en quelques mots mais on peut en donner un bref aperçu en indiquant qu'elle consacre une conception du contrat comme fait social qui résulte à la fois de l'élargissement de la sphère contractuelle à des obligations de sécurité, de résultat ou de conseil et de l'évolution des régimes de responsabilité de la faute vers le risque, afin de mieux protéger les victimes. La faute, et donc sa nature, importent moins que le lien de causalité entre un fait, qui peut être un manquement à une obligation contractuelle, et le dommage qui en résulte.

Si le contrat administratif a pris une place croissante dans l'action administrative, il n'affecte pas tant les rapports entre les particuliers qu'il faille y voir un fait social. Mais surtout, la protection des intérêts des tiers à ce contrat est suffisamment assurée par les différents régimes de responsabilité leur ouvrant droit à réparation du fait des dommages nés d'un contrat administratif sans qu'il soit besoin de leur permettre de se prévaloir d'une faute contractuelle. D'une part, la théorie des clauses réglementaires permet aux usagers des services publics, comme le rappelle la décision *Mme E...*, de se prévaloir des stipulations du contrat relatives à l'organisation, l'exécution et le financement du service qui est l'objet du contrat², y compris à l'appui d'une action en responsabilité pour faute sur le terrain quasi-délictuel (7 novembre 1958, *Sté électricité et eaux de Madagascar*, p. 530; 23 février 1968, Picard, n° 65084, p. 131). D'autre part, les dommages subis par les tiers de fait de l'exécution de travaux publics, dont on pourrait souvent trouver l'origine dans une mauvaise exécution du marché, sont couverts par un régime de responsabilité sans faute, qui poursuit les mêmes finalités de socialisation du risque que la jurisprudence judiciaire. Comme le fait observer le professeur Clamour, par ces différents régimes, "la jurisprudence administrative offre en la matière un tableau d'une rare cohérence, protégeant les tiers sans pour autant avoir besoin de revisiter les piliers du droit des contrats"³.

Sans revisiter les colonnes du temple, c'est-à-dire sans confondre faute contractuelle et délictuelle, et en prenant garde de ne pas les fragiliser, nous nous sommes demandés s'il ne serait pas envisageable de procéder à une évolution plus limitée dans le seul champ des rapports entre les participants à un contrat de travaux publics, qui permettrait au maître d'ouvrage de rechercher la responsabilité quasi-délictuelle du sous-traitant lorsque celui-ci a manqué à une obligation non contractuelle qui lui a causé un dommage. Le caractère non contractuel de l'obligation méconnue est en effet une condition indispensable au maintien de la distinction entre faute contractuelle et faute quasi-délictuelle. Il s'agirait donc, en quelque sorte, de transposer au contentieux des marchés publics la solution dégagée par la chambre commerciale de la Cour de cassation avant que l'Assemblée plénière consacre une conception plus extensive de la responsabilité.

2 Sur la définition de la clause réglementaire, voir conclusions de R. Odent sur Sect, 5 mars 1943, Cie générale des eaux, n° 68015, citée par L. Richer, droit des contrats administratifs et Ph. Terneyre, *Réflexions nouvelles sur les clauses à caractère réglementaire des contrats administratifs à objet de service public*, RFDA 2011, p. 857.

3 G. Clamour, « Tiers et responsabilité(s) liée(s) au contrat public », *Mélanges Richer*, LGDJ, 2013.

Il convient, pour évaluer une telle évolution, de prendre l'exacte mesure de la portée de la jurisprudence *Cne de Voreppe*, dont nous nous permettons de rappeler le considérant de principe : « seules les personnes ayant passé avec le maître de l'ouvrage un contrat de louage d'ouvrage peuvent être condamnées envers le maître de l'ouvrage à réparer les conséquences dommageables d'un vice de cet ouvrage imputable à sa conception ou à son exécution ».

Cette décision consacre donc une exclusivité de la responsabilité contractuelle pour que le maître d'ouvrage obtienne réparation des dommages imputables à la conception ou à l'exécution des travaux, quel qu'en soit l'auteur.

Elle ne remet pas en cause la possibilité pour les participants - constructeurs, sous-traitants - non liés entre eux par contrat de rechercher leurs responsabilités sur le terrain quasi-délictuel du fait des dommages qu'ils ont pu se causer dans l'exécution de leurs prestations (voyez, par exemple, pour la responsabilité du maître d'œuvre à l'égard de l'entrepreneur, 26 mai 1982, *ville de Chamonix et autres*, n° 16488, p. 671).

Elle ne remet pas non plus en cause la possibilité pour un sous-traitant de rechercher la responsabilité quasi-délictuelle du maître d'ouvrage s'il a manqué à ses obligations légales, notamment à celles relatives l'acceptation du sous-traitant qui permettent à celui-ci d'être payé directement (7 novembre 1980, *SA Schmid-Valenciennes*, n° 12060, p. 416).

Enfin, cette jurisprudence ne concerne que les "vices de l'ouvrage imputables à sa conception ou à son exécution", c'est-à-dire les dommages résultant précisément de la mauvaise exécution du marché de travaux. Les dommages que l'on pourrait qualifier de collatéraux, survenus à l'occasion de l'exécution du marché mais qui ne résultent pas de son exécution, sont également hors champ de cette responsabilité.

Ces précisions mettent en lumière les fondements du principe de l'exclusivité de la responsabilité contractuelle et la logique très forte qui le sous-tend.

Les dommages dont le maître d'ouvrage demande ici réparation étant ceux qui sont « imputables à la conception ou à la réalisation des travaux », ils résultent nécessairement de l'exécution des contrats passés pour la réalisation de ces travaux, contrats passés par le maître d'ouvrage et par ses cocontractants pour sous-traiter une partie des prestations qui leur ont été commandées. Ces contrats sont la source essentielle des obligations éventuellement méconnues. Ce sont eux qui en déterminent le contenu et l'étendue ainsi que les garanties qui y sont attachées et les modalités de résolution des litiges auxquels ils peuvent donner lieu. Il est dès lors logique que les parties à ces contrats ne puissent s'adresser qu'à leurs cocontractants pour obtenir réparation des dommages nés de leur exécution.

S'agissant du maître d'ouvrage, il n'est lié qu'avec le titulaire du marché. Les sous-traitants de ce dernier ne sont connus du maître d'ouvrage que par l'effet de leur acceptation qui n'a d'autre objet que de leur garantir un paiement direct. Cette acceptation ne crée aucun lien contractuel entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant, qui n'a d'obligations en ce qui concerne l'exécution du marché qu'envers le titulaire auquel il est lié par contrat (28 juillet 1951 *Société La Callendrite*, p. 465 ; 5 juin 1957, *Société Georges et Cie*, p. 382 ; S. 24 mai 1974, *Société Paul Millet et Cie*, p. 310 ; 2 février 1979, *Société "Entreprise Roux"*, T. p. 798 ; 6 mars 1987, *O.P.H.L.M. de Châtillon-sous-Bagneux*, n° 37731 ; 11 juil 1988, *Chambre des métiers d'Ille-et-Vilaine*, T. p. 900). L'entrepreneur est donc seul et entièrement responsable envers le maître de l'ouvrage pour le fait de son sous-traitant, y compris lorsque les

agissements de ce dernier présentent un caractère dolosif (23 juin 1978, *Consorts F...*, p. 277), à charge pour lui de se retourner contre son cocontractant qui a manqué à ses obligations contractuelles.

Le terrain contractuel est le seul sur lequel les parties au contrat peuvent se placer pour engager la responsabilité de leurs cocontractants du fait d'un dommage lié à l'exécution du contrat, y compris lorsque d'autres fondements seraient théoriquement envisageables (CE, 20 nov 1891, *Lefebvre*, p. 685 ; CE 22 décembre 1922, *Lassus*, p. 984 ; 1^{er} déc 1976, *G...*, n° 98946 au rec, notamment pas les resp extra-contractuelles sans faute : 5 janv 1972, *sté Unitchadienne*, n° 78436 ; risque ; 25 nov 1994, *Sté Aticam*, n° 137318, au rec : DTP ; CE, 6 janv 1971, *SA de gérance des vêtements Abdon*, n° 69141: rupture de l'égalité devant les charges publiques).

La logique contractuelle dans laquelle s'inscrit l'exécution du marché se poursuit après la réception des travaux, puisque les garanties postérieures ne sont dues que par les cocontractants du maître d'ouvrage et par les fabricants qui, en raison du lien direct de l'objet produit avec le marché, en sont solidairement responsables en application de l'article 1792-4 du code civil, disposition que vous avez récemment jugée applicable en droit public (21 oct 2015, *Cne de Tracy-sur-Loire*, n° 385779, aux T). Les sous-traitants, en revanche, vous le savez, n'y sont pas tenus (18 janvier 1946, *Sté fce de matériaux et produits hydrofuges*, p. 21).

Nous ne partageons donc pas sur ce point l'analyse de Catherine Bergeal dans ses conclusions sur la décision *Cne de Voreppe* qui, pour vous convaincre d'ouvrir une action en responsabilité quasi-délictuelle, faisait valoir qu'elle serait conforme aux principes généraux du droit de la responsabilité qui voudraient que la responsabilité quasi-délictuelle, qui est de droit commun, puisse être engagée toutes les fois qu'il n'existe pas d'action en responsabilité contractuelle. En réalité, le maître d'ouvrage dispose d'une action en responsabilité contractuelle pour obtenir réparation du dommage; seulement, il ne peut l'exercer qu'à l'encontre de ses cocontractants. Et le sous-traitant n'est tenu pour ce qui est de l'exécution du marché que par les obligations qu'il a souscrites envers son cocontractant, titulaire du marché.

L'exclusivité de la responsabilité contractuelle pour obtenir réparation des dommages liés à l'exécution d'un contrat posée par la décision *Cne de Voreppe* apparaît donc en parfaite cohérence tant avec les régimes de responsabilité qui gouvernent l'exécution des marchés publics qu'avec le principe général de la distinction des fautes contractuelle et quasi-délictuelle et celui de la primauté de la responsabilité contractuelle sur la responsabilité quasi-délictuelle.

Juridiquement, rien ne s'oppose à ce que vous tempériez cette exclusivité en ouvrant pour le maître d'ouvrage une action alternative en responsabilité quasi-délictuelle à l'encontre du sous-traitant auquel il n'est pas contractuellement lié. Mais les inconvénients qui en résulteraient, qui nous paraissent beaucoup plus nombreux que ses avantages, nous dissuadent de vous le proposer.

Le principal avantage qu'elle représenterait serait de corriger un effet collatéral négatif pour le maître d'ouvrage de l'unification de la compétence juridictionnelle pour connaître des litiges nés de l'exécution d'un marché de travaux publics. Après quelques hésitations, le Tribunal des conflits a jugé que « le litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des participants à l'exécution de ces travaux relève de la compétence de la juridiction administrative, quel que soit le fondement juridique de l'action

engagée, sauf si les parties en cause sont unies par un contrat de droit privé » (2 juin 2008, *Souscripteurs des Lloyds de Londres*, n° 3621, au rec). Cette jurisprudence a notamment pour conséquence de rendre le juge administratif compétent pour statuer sur l'action en responsabilité dirigée par un maître d'ouvrage contre un sous-traitant puisque ce dernier participe à l'exécution des travaux et qu'il n'est pas lié au maître d'ouvrage par un contrat. Mais aussi, du fait de la jurisprudence *Cne de Voreppe*, de priver cette action de toute chance de succès, alors qu'elle pouvait prospérer devant le juge judiciaire. En lui permettant de faire valoir une faute non contractuelle dans le cadre d'une action en responsabilité quasi-délictuelle, vous ménageriez une voie à cette action, certes plus étroite que celle qui résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation, mais qui aurait au moins le mérite d'exister. Cet argument vous était également présenté par votre commissaire du gouvernement à propos de l'affaire *cne de Voreppe* et il n'a, pas plus que le précédent, suffi à vous convaincre.

Il est vrai qu'il doit être relativisé. Le principe d'une compétence générale du juge administratif pour connaître des litiges nés de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des participants à l'exécution de ces travaux ne préjuge aucunement de la recevabilité des recours. Comme nous l'avons dit, cette règle rend le juge administratif compétent pour connaître de beaucoup d'autres actions que celle du maître d'ouvrage à l'encontre du sous-traitant, notamment toutes les actions horizontales entre participants non liés par des contrats.

L'autre avantage serait d'offrir au maître d'ouvrage un débiteur de plus, ce qui peut être appréciable en cas d'insolvabilité de ses cocontractants, dont la responsabilité sera peut être plus difficile à engager mais qui ne sera limitée ni par les stipulations du contrat, lorsqu'il est en vigueur, ni par les conditions restrictives de la garantie décennale, lorsqu'il est achevé. Car en dehors de cette hypothèse, comme le faisait observer le professeur Moderne⁴, qui pourtant n'excluait pas cette action quasi-délictuelle, « on voit mal l'intérêt du maître de l'ouvrage à poursuivre le tiers en quasi-délictuelle, dès lors qu'il dispose d'une action contractuelle contre l'entrepreneur principal au titre de l'ensemble des travaux ».

Cet avantage nous semble lui aussi devoir être relativisé, car le maître d'ouvrage bénéficie de garanties contractuelles et les constructeurs sont en principe assurés du fait des vices de construction, notamment au titre de la garantie décennale.

Mais plus encore que la faiblesse de ses avantages, c'est l'importance de ses inconvénients qui nous conduit à écarter cette solution.

Ces inconvénients apparaissent dès que l'on tente de fixer les contours du recours qu'il s'agirait de reconnaître.

En premier lieu, quels sont les manquements qui permettraient d'engager la responsabilité quasi-délictuelle du sous-traitant ?

Rappelons que pour qu'une évolution jurisprudentielle sur ce point soit compatible avec le principe général de la distinction des fautes contractuelle et délictuelle, il faudra qu'elle soit limitée à la responsabilité du sous-traitant du fait de manquements, certes commis à l'occasion de l'exécution du contrat, à des obligations qui ne trouvent pas leur source dans le

4 Dalloz, Construction, 1988, cité par C. Bergeal dans ses conclusions s/ *Cne de Voreppe*.

contrat qu'il aura passé avec l'entrepreneur principal, mais dans des règles générales ou dans la loi.

Deux difficultés ne manqueront pas de survenir. La première porte sur l'identification de ces obligations. La chambre commerciale de la cour de cassation avait évoqué une « obligation générale de prudence ou de diligence » (com, 17 juin 1997, n° 95-14535) ou un "devoir général de ne pas nuire à autrui" (com, 8 oct 2002, n° 98-22858 ; com, 5 avril 2005, n° 03-19370). S'agissant de prestations de travaux, on ne voit guère comme obligation générale que celle d'exécuter les travaux dans les règles de l'art, dont vous avez jugé qu'elle pouvait donner lieu à une responsabilité quasi-délictuelle en cas d'annulation du contrat (22 février 2008, *H...*, n° 286174). Mais vous la rattachez au contrat lorsqu'il existe, y compris lorsqu'elle oblige le cocontractant à des diligences non prévues par le contrat (Section, 17 octobre 1975, *Commune de Canari*, p. 516; 14 juin 2002, *ville d'Angers*, n° 219874, aux T). La même obligation sera-t-elle contractuelle quand elle est invoquée par le titulaire à l'encontre de son sous-traitant et extra-contractuelle quand elle l'est par le maître d'ouvrage ? Il faut espérer que le juge judiciaire qui statuera sur une éventuelle action récursoire du sous-traitant contre son cocontractant ait la même approche du dossier que le juge administratif qui l'aura condamné envers le maître d'ouvrage...

La deuxième difficulté viendra, si l'on admet notamment que les règles de l'art puissent être à l'origine d'une responsabilité quasi-délictuelle, de distinguer les manquements à cette obligation de ceux propres aux obligations contractuelles, les deux survenant nécessairement pour l'exécution du marché. Il faudra certainement plus d'un pourvoi en cassation pour tracer les contours de ces obligations et pour lutter contre la tendance qui ne manquera pas d'être forte vers une confusion des fautes contractuelle et quasi-délictuelle que toute la jurisprudence tend au contraire à distinguer.

Faire de l'exécution du contrat dans les règles de l'art une obligation quasi-délictuelle lorsqu'il existe par ailleurs un contrat en vigueur aboutit par ailleurs à une situation dans laquelle le sous-traitant pourra être tenu, au titre du même manquement, à une obligation plus étendue envers le maître d'ouvrage qu'envers son cocontractant, auquel il peut opposer les limitations contractuelles de sa responsabilité. Il supportera donc une obligation plus étendue que celle à laquelle il s'est contractuellement engagé. On retrouve ici une partie des critiques qui ont été faites à la jurisprudence de la Cour de cassation de 2006.

Nous pensons donc qu'il faudrait, si vous deviez vous engager dans cette voie et afin que les champs respectifs des responsabilités soient délimités le plus clairement possible, exclure de la responsabilité quasi-délictuelle toute obligation susceptible d'être également contractuelle, comme le respect des règles de l'art. Mais force est alors de constater que l'intérêt de ce recours s'amoindrit sensiblement. On peut d'ailleurs se demander si cela ne résulte pas déjà de la jurisprudence *Cne de Voreppe* qui n'impose l'action contractuelle que pour les dommages imputables à la conception ou à l'exécution du marché, c'est à dire qui n'en sont pas détachables.

En second lieu, quels sont les dommages dont le maître d'ouvrage pourra demander réparation ?

La question se pose pour les actions engagées postérieurement à la réception des ouvrages qui met fin aux rapports contractuels entre le maître d'ouvrage et les constructeurs. Ceux-ci ne peuvent ensuite être tenus qu'aux garanties biennale et décennale. Vous savez, et

le présent litige en est une illustration, que cette dernière est limitée aux désordres non apparents les plus graves. La responsabilité du sous-traitant, auquel ce régime n'est pas applicable, pourra donc être plus étendue, en ce qui concerne les dommages réparables, que celle à laquelle sont tenus les cocontractants du maître d'ouvrage, ce qui est pour le moins paradoxal. Et l'on ne voit pas au nom de quel principe il serait possible d'étendre à la responsabilité quasi-délictuelle des sous-traitants les conditions d'engagement de la garantie décennale des constructeurs, qui est une garantie légale post-contractuelle à laquelle ils ne sont pas tenus.

La remise en cause, même limitée, du principe de l'exclusivité de la responsabilité contractuelle posée par votre jurisprudence *Cne de Voreppe* conduit donc à compliquer fortement un système dont nous avons vu à quel point il était clair et cohérent.

Pour qu'elle puisse s'inscrire sans trop le bouleverser dans le paysage juridique, une action en responsabilité du sous-traitant à l'égard du maître d'ouvrage devrait être tellement limitée qu'elle en sera impraticable, ce qui ne manquera pas de créer une tendance à son élargissement au mépris de la distinction des fautes contractuelle et quasi-délictuelle, que vous avez récemment et fermement réaffirmée. Il ne fait aucun doute à nos yeux que les maigres avantages de cette solution ne méritent ni de courir ce risque, ni les efforts qu'il faudra déployer pour le conjurer.

Si vous partagez cet avis, vous écarterez ce dernier moyen.

EPCMNC : Annulation de l'arrêt en tant que la cour a omis de statuer sur les conclusions présentées au titre de la garantie de parfait achèvement, au renvoi de l'affaire dans cette mesure à la CAA de Douai et au rejet du surplus des conclusions du pourvoi.

Et à ce que, dans les circonstances de l'espèce, vous rejetiez l'ensemble des conclusions des parties au titre des frais exposés.