

N° 420765
Société Icade Promotion

7ème et 2ème chambres réunies
Séance du 12 avril 2019
Lecture du 6 mai 2019

CONCLUSIONS

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Ce pourvoi vous permettra de préciser votre jurisprudence relative aux effets de l'établissement du décompte général et définitif d'un marché sur la recevabilité d'un appel en garantie.

1. En 2008, le centre hospitalier universitaire (CHU) de Reims a confié à un groupement les lots correspondant à des travaux d'électricité dans le cadre d'une opération de construction d'un pôle mère-enfant. Cette opération a été réalisée sous la maîtrise d'œuvre d'un groupement, avec l'assistance à maîtrise d'ouvrage de la société Icade Promotion.

Après réception des travaux, le CHU a notifié à la société mandataire du groupement, Ineo, une proposition de décompte général et définitif. Par une réclamation du 12 avril 2012, cette société a sollicité une indemnisation complémentaire en se prévalant des préjudices subis du fait d'une exécution du chantier dans des conditions anormales et non conformes au contrat. Elle a demandé au tribunal administratif de Châlons-en-Champagne la condamnation solidaire du CHU de Reims, des sociétés chargées de la maîtrise d'œuvre et de la société Icade à lui verser une somme de plus de 400 000 euros. Le tribunal administratif a rejeté cette demande.

Mais la cour administrative d'appel de Nancy a annulé ce jugement et elle a condamné solidairement le CHU de Reims et la société Icade à verser à Ineo une somme de plus de 125 000 euros. La cour a également condamné la société Icade à garantir le CHU de Reims à hauteur de 40 % des condamnations prononcées à son encontre. La société Icade se pourvoit en cassation.

2. Votre 7^{ème} chambre a déjà eu à connaître de cet arrêt, qui a fait l'objet d'une admission partielle. Par votre décision du 7 novembre 2018 (n° 420765), vous n'avez admis les conclusions du pourvoi qu'en tant qu'elles sont dirigées contre l'article 4 de l'arrêt, c'est-à-dire celui qui condamne la société Icade à garantir le CHU à hauteur de 40 % des condamnations prononcées à son encontre. En d'autres termes, n'est plus en débat devant vous la question de la condamnation du CHU et de la société Icade, ainsi que les montants mis à leur charge par les articles 2 et 3 de l'arrêt, qui n'ont pas été admis.

Les moyens venant au soutien de ces conclusions sont donc désormais hors champ du litige. Et, pour n'en dire qu'un mot, ainsi que le soulignait Olivier Henrard dans ses conclusions sur cette première décision d'admission partielle, *« sous couvert d'erreur de droit, de dénaturation ou d'erreur de qualification juridique, ils tendent en réalité à remettre en cause l'appréciation souveraine des juges du fond quant à l'étendue de la mission contractuelle d'Icade »*.

3. En revanche, le moyen qui a fondé l'admission partielle nous semble justifier aujourd'hui la cassation - partielle - de l'arrêt.

La société requérante soutient que la cour n'a pas répondu à son moyen tiré de ce que le CHU ne pouvait appeler la société Icade en garantie, dès lors que le caractère général et définitif du décompte du marché y faisait obstacle.

Le décompte général et définitif récapitule l'ensemble des éléments actifs et passifs résultant des obligations des cocontractants. Le principe de l'intangibilité de ce décompte résulte de votre jurisprudence constante, aux termes de laquelle « *l'ensemble des opérations auxquelles donne lieu l'exécution d'un marché de travaux publics est compris dans un compte dont aucun élément ne peut être isolé et dont seul le solde arrêté lors de l'établissement du décompte définitif détermine les droits et obligations définitifs des parties* » (8 décembre 1961, Société Nouvelle Compagnie générale des travaux, p. 701 ; puis notamment 20 mars 2013, CH de Versailles, n° 357636, aux Tables sur ce point).

Ce caractère définitif et intangible du décompte rend irrecevable une demande postérieure visant des sommes qui auraient dû y figurer (18 juin 1947, Ville de Toulouse, p. 271 ; Section, 22 octobre 1965, Commune de Saint-Lary, p. 546). Autrement dit, le caractère définitif du décompte a pour effet de fixer définitivement les droits et obligations des parties, qui ne peuvent plus introduire de demandes ou réclamations ultérieures, sous réserve de comportements dolosifs ayant vicié le consentement.

Par votre décision Région Auvergne (6 novembre 2013, n° 361837, aux Tables sur ce point, conclusions Gilles Pellissier), vous avez ainsi établi un lien entre la formulation de réserves dans le décompte et la demande ultérieure de sommes dans le cadre de l'exécution financière du contrat. Vous avez retenu qu'après la transmission au titulaire d'un marché de travaux publics du décompte général qu'il a établi et signé, le maître d'ouvrage ne peut lui réclamer, au titre de leurs relations contractuelles, des sommes dont il n'a pas fait état dans ce décompte, nonobstant l'engagement antérieur d'une procédure juridictionnelle ou l'existence d'une contestation par le titulaire d'une partie des sommes inscrites au décompte général. Vous y avez précisé qu'il ne peut en aller autrement, dans ce dernier cas, que s'il existe un lien entre les sommes réclamées par le maître d'ouvrage et celles à l'égard desquelles le titulaire a émis des réserves. Vous avez récemment confirmé cette jurisprudence avec votre décision Institut national de recherche en sciences et technologies pour l'environnement et l'agriculture (19 novembre 2018, n° 408203, aux Tables sur ce point).

4. Vous avez toutefois apporté une exception à ce principe par votre décision Commune de Dijon (15 novembre 2012, n° 349107, aux Tables) s'agissant de l'appel en garantie. Vous avez jugé que le caractère définitif du décompte ne faisait pas obstacle à ce que la collectivité dont la responsabilité est recherchée devant le juge administratif par le titulaire d'un marché de travaux présente des conclusions d'appel en garantie contre le maître d'œuvre. Le fichage de cette décision est très général et semble laisser ouverte une recevabilité large des conclusions d'appel en garantie.

Dans ses conclusions sur cette décision, Bertrand Dacosta ciblait toutefois davantage cette exception. Il indiquait que « *l'appel en garantie est lié à un élément déclencheur – des conclusions d'un constructeur contre le maître d'ouvrage – dont celui-ci ne maîtrise ni le calendrier, ni la portée* ». Il ne lui est alors possible ni d'inscrire une créance par anticipation,

ni de reporter le décompte. Nous pensons donc, à la lumière de ces conclusions, que la décision Commune de Dijon doit être comprise comme correspondant au seul cas où des réclamations formulées postérieurement n'étaient pas prévisibles.

Olivier Henrard invitait ainsi à une interprétation stricte de votre jurisprudence Commune de Dijon, dans ses conclusions sur la décision Commune de Reilhac et Office public de l'habitat du Cantal (17 mai 2017, n° 396241, aux Tables sur un autre point). Il ne s'agissait selon lui que de l'hypothèse dans laquelle le maître d'ouvrage mis en cause « *n'était pas en capacité d'assortir de réserves le décompte de son maître d'œuvre, faute de disposer des éléments nécessaires* ».

5. En revanche, qu'en est-il lorsqu'il est établi que le maître d'ouvrage avait connaissance de tels éléments avant l'établissement du décompte mais n'a pas porté de réserve ?

Dans cette hypothèse, nous pensons que l'exception Commune de Dijon ne doit pas jouer et que le principe de l'intangibilité du décompte doit retrouver toute sa place.

La même logique que celle qui résulte de votre jurisprudence Région d'Auvergne précitée, fondée sur la connaissance par les parties d'éléments se traduisant par la rédaction de réserves au sein du décompte doit conduire à réserver cette hypothèse. S'il est évident que le maître d'ouvrage avait connaissance d'éléments devant le conduire à formuler des réserves et qu'il n'en a pas rédigé, par choix ou par omission, les dés sont en quelque sorte jetés. Il ne doit plus ensuite pouvoir se retourner contre une entreprise dans le cadre d'un appel en garantie.

Nous vous proposons ainsi de préciser votre jurisprudence Commune de Dijon, en retenant que la circonstance que le décompte général est devenu définitif ne fait pas obstacle à la recevabilité des conclusions d'appel en garantie, sauf lorsque le maître d'ouvrage avait connaissance, au moment de ce décompte, d'éléments lui permettant d'émettre des réserves, notamment du fait de l'existence d'une réclamation ou d'un litige, mais n'a pas formulé de réserve.

6. Dans ce cadre, vous pourrez apporter deux précisions.

La première consiste à déterminer sous quelle forme la connaissance des éléments doit être établie.

Il existe, selon nous, une hypothèse simple et certaine, qui correspond au cas qui vous est soumis. C'est celle dans laquelle une réclamation a été formulée par le titulaire du marché et que le maître d'ouvrage n'a, malgré cela, pas émis de réserve dans le décompte général et définitif concernant l'entreprise susceptible d'être concernée par cette réclamation. L'existence de la réclamation permet d'identifier la connaissance du risque.

A l'inverse, tout doute ne peut suffire car il faut bien établir la connaissance d'un tel risque. Et il convient d'éviter des réserves de précaution ou trop formelles. Mais cette connaissance peut exister par exemple si des échanges concernant une réclamation sont en cours au moment de l'établissement du décompte.

Vous pourriez enfin laisser plus ouverte la brèche introduite par la jurisprudence Commune de Dijon en estimant que l'appel est irrecevable uniquement si la partie avait connaissance d'une condamnation et non seulement d'un litige ou d'une réclamation. Mais nous ne vous le

proposons pas car il nous semble que votre jurisprudence constante sur le principe d'intangibilité du décompte doit être confortée et qu'il convient donc de cantonner votre jurisprudence Commune de Dijon au seul cas où il était impossible de prévoir la nécessité de la réserve.

La seconde précision porte sur le point de savoir si cette réserve doit ou non être chiffrée.

Bien que votre jurisprudence évoque régulièrement les « sommes inscrites » au décompte, il n'est pas nécessaire ici d'exiger que les réserves soient chiffrées. La question posée est celle de la recevabilité d'un appel en garantie et nous pensons que l'irrecevabilité doit être opposée lorsqu'aucune réserve, même non chiffrée, n'a été apportée, ce qui ne signifie pas qu'elle doive être trop générale.

En l'espèce, à la date à laquelle le CHU a notifié le décompte de son assistance à maîtrise d'ouvrage et procédé au paiement de son solde, c'est-à-dire au cours du second semestre 2013, il avait déjà eu connaissance de la réclamation du 12 avril 2012 du groupement titulaire du marché de travaux. Autrement dit, il disposait des éléments nécessaires pour faire figurer, dans le décompte, des réserves relatives à cette réclamation. A défaut de cette réserve, le décompte qui est précisément « définitif » fait obstacle à l'appel en garantie. La cour devait donc répondre à ce moyen, qui était soulevé devant elle et était opérant. Faute de l'avoir fait, elle a entaché son arrêt d'insuffisance de motivation. Vous annulerez donc, si vous nous suivez, l'article 4 de l'arrêt de la cour.

8. Vous pourrez ensuite régler cette affaire au fond. Pour les mêmes raisons, le CHU ayant notifié le décompte général et définitif alors qu'il avait connaissance de la réclamation du maître d'œuvre, vous pourrez rejeter comme irrecevables les conclusions du CHU tendant à ce que la société Icade soit appelée à le garantir des condamnations prononcées à son encontre.

Un mot pour finir sur les conséquences concrètes de ce litige : comme nous l'avons indiqué, les articles condamnant solidairement le CHU et Icade n'ont pas été annulés, mais vous annulerez, si vous nous suivez, l'article 4 relatif à l'appel en garantie. On peut s'étonner en première approche de voir ainsi subsister la condamnation solidaire d'Icade alors que cette société ne devra rien payer. Mais ceci est cohérent : à l'égard des entreprises concernées, le CHU comme Icade ont été condamnés, mais dès lors que le CHU a commis l'erreur de ne pas émettre de réserve à l'égard d'Icade dans le décompte alors qu'il le pouvait, Icade n'a pas à verser au CHU 40 % de la somme correspondant à la condamnation.

Par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'article 4 de l'arrêt attaqué,
- au rejet des conclusions du CHU de Reims tendant à ce que la société Icade Promotion soit appelée à le garantir des condamnations prononcées à son encontre,
- à ce que le CHU verse à la société Icade Promotion une somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du CJA.