

N° 389131

M. B...

7ème et 2ème chambres réunies

Séance du 30 septembre 2016

Lecture du 17 octobre 2016

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Quelle est la nature juridique – décision administrative ou contrat - de la commande passée par le maître d'ouvrage public au vérificateur des monuments historiques dans le cadre de la maîtrise d'œuvre de travaux de restauration sur des immeubles classés confiée à l'architecte en chef des monuments historiques ? La réponse à cette question que présente à juger la présente affaire vous permettra de compléter votre jurisprudence relative au régime juridique très particulier de ces agents publics qui avaient pour mission de collaborer, sous les ordres de l'architecte en chef, à l'établissement des devis estimatifs des travaux et de procéder *"personnellement sur place à la vérification des mémoires dans les délais fixés par les règlements"*, selon les termes de l'article 9 du décret du 22 mars 1908 relatif à l'organisation du service d'architecture des bâtiments civils et des palais nationaux. Elle n'aura cependant qu'un intérêt historique, puisque d'une part le corps des vérificateurs des monuments historiques a été fusionné par un décret du 16 février 2012 (n° 2012-229) avec le corps des techniciens des services culturels et des Bâtiments de France et que leurs missions au titre de la maîtrise d'œuvre des travaux de restauration des monuments historiques ont été attribuées aux architectes en chef, d'autre part le décret du 22 juin 2009 relatif à la maîtrise d'œuvre sur les immeubles classés au titre des monuments historiques répond à la question posée, qui demeure d'actualité pour les architectes en chef, en qualifiant la commande de "contrat de maîtrise d'œuvre" (art 9).

Par des actes d'engagement conclus les 3 décembre 2009 et 4 février 2010, le Centre des monuments nationaux, établissement public administratif exerçant, en application de l'article 2 du décret du 26 avril 1995 portant statut de l'établissement (art L. 141 du code du patrimoine), la maîtrise d'ouvrage des travaux réalisés sur les monuments nationaux, a confié à un groupement conjoint constitué de M. P..., architecte en chef des monuments historiques, et à M. B..., vérificateur des monuments historiques, la maîtrise d'œuvre des travaux de restauration de certaines verrières de la Sainte-Chapelle de Paris, qui appartient à l'Etat, et de la statue de l'archange Saint-Michel située sur le faîte de son toit.

Mais, par courriers des 8 août et 27 septembre 2011, le président du Centre des monuments nationaux a notifié à M. P..., mandataire du groupement, avec copie à M. B..., la résiliation de ces commandes, à effet des 23 juillet et 30 septembre 2010, au motif qu'il avait été atteint au cours de l'année 2010 par la limite d'âge prévue par le statut des architectes en chef. Les missions du groupement ont été confiées à l'architecte en chef ayant succédé à M. P..., sans toutefois que la participation de M. B... soit reconduite. Celui-ci a alors saisi le TA de Paris de conclusions tendant à la condamnation de l'Etat, à titre principal, et à celle du Centre des

monuments nationaux, à titre subsidiaire, à lui payer une somme correspondant à la rémunération des missions qui lui avaient été confiées. Le tribunal puis la CAA de Paris ont successivement rejeté ces demandes. Ils ont tous deux estimé, contrairement à ce que soutenait M. B..., que les commandes lui avaient été passées au moyen de marchés de maîtrise d'œuvre conclus avec le Centre des monuments nationaux, maître d'ouvrage, auquel incombait par conséquent seul la responsabilité des conséquences dommageables de leur résiliation. Après avoir mis hors de cause l'Etat, la Cour a fait droit à la fin de non recevoir opposée par le Centre des monuments nationaux et tirée de l'absence de réclamation préalable prévue par le CCAG prestations intellectuelles applicable aux marchés litigieux.

Le moyen le plus intéressant du pourvoi formé par M. B... contre l'arrêt de la Cour critique la qualification de contrat qu'elle a donnée aux commandes qui lui ont été passées par le Centre des monuments nationaux. Il soutient depuis l'introduction de sa demande qu'en tant que fonctionnaire de l'Etat, les commandes qui lui ont été passées sont des ordres hiérarchiques émanant de son employeur qui ont créé à son profit des droits à la rémunération prévue pour leur réalisation et qui ne pouvaient être retirées au-delà du délai de quatre mois fixé par votre jurisprudence *M. T...*, n°197018. Il fonde essentiellement cette analyse sur deux éléments de son statut professionnel : sa qualité de fonctionnaire de l'Etat et l'organisation réglementaire de son emploi.

Ces éléments ne font aucun doute. Vous avez jugé par votre décision *M. A... et autres*, du 18 février 2011 (n° 330349, au rec), que les vérificateurs étaient des fonctionnaires. Vous vous êtes fondés sur le décret du 22 mars 1908 relatif à l'organisation du service d'architecture des bâtiments civils et des palais nationaux, qui régissait le recrutement et l'activité des vérificateurs des monuments historiques et qui prévoyait que ces derniers étaient nommés par arrêtés ministériels à des emplois permanents, qu'ils occupaient normalement jusqu'à la limite d'âge, avec pour mission de concourir de façon permanente au service public de l'entretien, de la conservation et de la construction de bâtiments faisant l'objet d'une protection particulière. Vous avez indiqué que leur nomination à un tel emploi comportait nécessairement leur titularisation dans le grade unique que comprend le corps que ce décret instituait. Vous en avez déduit que, nonobstant la forme particulière de leur rémunération, sous forme d'honoraires forfaitaires, ou la circonstance qu'ils ont la faculté, en dehors de leurs fonctions publiques, d'avoir une clientèle privée, le décret du 22 mars 1908 leur avait conféré la qualité de fonctionnaire. Vous aviez fait un peu moins de quarante ans auparavant la même analyse pour les architectes en chef des monuments historiques dont le statut présente les mêmes particularités (*Ass*, 11 juillet 1975, *de G... et autres*, n° 83089, p. 423).

Il ne fait également aucun doute que l'organisation de leur emploi est réglementaire. Comme les architectes en chef, les vérificateurs se voyaient affecter, par arrêté ministériel, un ou des monuments historiques ou une circonscription territoriale. Les architectes en chef ayant le monopole de la maîtrise d'œuvre des travaux de restauration des monuments appartenant à l'Etat - leur nouveau statut issu de l'ordonnance du 8 septembre 2005 et de ses décrets d'application des 28 septembre 2007 et 22 juin 2009 ne l'a pas affecté -, le maître d'ouvrage n'a le choix ni de l'architecte en chef à qui il confie la maîtrise d'œuvre des travaux, ni du vérificateur qui l'assiste. Aucune mise en concurrence ne précède donc les commandes qui leur sont passées.

Ces caractéristiques du statut des vérificateurs sont des arguments forts en faveur de la thèse du requérant, qui est également celle de l'un des plus fins analystes du droit administratif : à propos du statut des architectes en chef, qui est similaire à celui des vérificateurs, le professeur

D... écrit que "cette maîtrise d'œuvre leur appartient sans aucune procédure de mise en concurrence ni conclusion de marché entre eux et l'Etat, pour la raison même qu'ils sont fonctionnaires de l'Etat, agissant pour l'Etat sur les immeubles appartenant à l'Etat. Ils exercent, comme agents de l'Etat, des fonctions internes à l'Etat"¹.

Nous ne sommes pourtant pas de cet avis, pour plusieurs raisons.

Elles tiennent aux modalités par lesquelles la maîtrise d'œuvre est confiée à l'architecte en chef et au vérificateur. Tant les dispositions réglementaires qui l'organisent que l'acte lui-même conduisent à y voir un contrat. L'article 3 du décret du 5 mai 1987 relatif aux honoraires et vacations alloués aux architectes en chef et aux vérificateurs dispose ainsi que *"chaque mission de maîtrise d'œuvre confiée aux architectes en chef des monuments historiques fait l'objet d'une commande par l'Etat. La commande est établie par l'Etat sur proposition de l'architecte en chef. Cette proposition comprend un projet de programme d'opération accompagné du dossier d'études préalables"*, c'est à dire d'un devis. L'article 5 du même décret prévoit une rémunération forfaitaire calculée *"en tenant compte du montant prévisionnel des travaux, du niveau de complexité de l'opération et des conditions éventuelles d'intervention d'un spécialiste, tels qu'ils sont indiqués dans la commande"*. La modification de l'opération donne lieu, en application de l'article 11, à une *"commande modificative"*. Ce même article prévoit également que *"lorsque l'Etat met fin, en cours d'exécution, à la mission de l'architecte en chef, les honoraires sont dus pour tout élément de mission approuvé"*. Non seulement le terme de commande est emprunté au vocabulaire des contrats, mais les modalités de sa passation et de la détermination des honoraires participent très nettement d'une logique contractuelle propre aux marchés de maîtrise d'œuvre. Contrairement à ce que soutient le requérant, la circonstance que le choix du titulaire soit imposé et par conséquent échappe à toute mise en concurrence n'est pas exclusif du caractère contractuel de la commande, ni même de la qualification de marché public, le II de l'article 35 du défunt code des marchés publics prévoyant la conclusion de gré à gré des marchés *"qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité"* (8°).

Les commandes passées en l'espèce à M. B... ont indubitablement la forme et le contenu de marchés publics : elles ont pris la forme d'actes d'engagement intitulés « marché de maîtrise d'œuvre » et rédigés comme tels ; ces actes d'engagement font référence au code des marchés publics et désignent parmi les pièces constitutives du marché le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles.

Elles ne sont d'ailleurs pas passées par l'Etat, employeur des architectes en chef et vérificateurs, mais par le Centre des monuments nationaux, maître d'ouvrage, qui doit faire appel à eux en raison du monopole dont ils jouissent pour la maîtrise d'œuvre des travaux effectués sur les monuments nationaux. Or cet établissement public n'exerce aucun pouvoir hiérarchique sur les agents de l'Etat.

Nous sommes bien conscient qu'aucun de ces arguments n'est absolument déterminant : le mot commande pourrait désigner un ordre hiérarchique; la forme contractuelle choisie par le maître d'ouvrage ne vous lie pas et vous pourriez considérer qu'il donne des ordres aux agents de l'Etat au nom et pour le compte de ce dernier.

Mais ils nous semblent davantage en cohérence avec le régime statutaire pour le moins

1 "Un statut très particulier : le statut des architectes en chef des monuments historiques", RFDA 2007, P. 1227.

singulier de ces agents et notamment avec leur mode de rémunération par des honoraires fixées pour chaque commande, sur devis. Un tel mode de rémunération, mais aussi la possibilité d'avoir une activité libérale, nous paraissent incompatibles avec la relation hiérarchique qui se traduit par l'assignation de tâches à des subordonnés. A regarder l'ensemble du régime juridique des architectes en chef et des vérificateurs, c'est leur qualité de fonctionnaire qui tranche avec des modalités d'emploi qui les apparentent à des prestataires de services. Cette qualité, ils la tirent de leur recrutement par concours et de leur titularisation dans un corps de la fonction publique d'Etat qui permet à l'Etat d'avoir à sa disposition un certain nombre de professionnels hautement qualifiés et compétents à qui il confie la maîtrise d'œuvre des travaux sur les monuments nationaux. Il s'agit en quelque sorte d'un système de qualification institutionnalisé qui, à notre avis, ne modifie pas la nature profonde de l'engagement qui les lie au maître d'ouvrage des travaux, qu'il soit public ou privé et qui est de nature contractuelle.

Cette nature contractuelle figure d'ailleurs aujourd'hui explicitement dans les dispositions du décret du 22 juin 2009 relatif à la maîtrise d'œuvre sur les immeubles classés au titre des monuments historiques, qui reprennent l'essentiel des dispositions du décret de 1987 sur la rémunération des architectes en chef et qui évoquent, à l'article 9, "*le contrat de maîtrise d'œuvre*" conclu entre l'Etat et l'architecte en chef.

Si vous nous suivez, vous jugerez que la cour n'a commis aucune erreur de droit en plaçant la demande indemnitaire du requérant sur le seul terrain contractuel de ses engagements avec le Centre des monuments nationaux.

Les deux autres moyens du pourvoi ne nous retiendront pas longtemps. Il est tout d'abord reproché à la cour de s'être méprise sur la portée des écritures de M. B... en indiquant qu'il s'était placé, à titre subsidiaire, sur le terrain du droit des marchés publics et qu'il n'avait pas fait grief à l'administration d'avoir retiré des décisions unilatérales créatrices de droit. Le moyen n'est pas fondé, M. B... n'ayant effectivement soulevé l'illégalité du retrait d'une décision créatrice de droit qu'à l'appui de ses conclusions indemnitaires contre l'Etat, ses conclusions subsidiaires dirigées contre le Centre des monuments nationaux n'étant fondées que sur la résiliation de l'acte d'engagement.

Si vous nous avez suivis pour écarter le premier moyen, vous conviendrez que ce terrain était le bon. Mais M. B... devait respecter la procédure de réclamation préalable prévue par l'article 40.1 du CCAG annexé au marché pour le règlement de "tout différent entre le titulaire et la personne responsable du marché". Il reproche à la cour d'avoir retenu cette irrecevabilité opposée par le Centre des monuments nationaux en défense sans l'avoir invité à régulariser sa requête. Vous savez toutefois que, de manière générale, la juridiction n'est pas tenue d'inviter l'auteur de la requête à la régulariser lorsque l'irrecevabilité a été opposée par un mémoire en défense qui a été communiqué au requérant (28 avril 1997, *Association des commerçants non sédentaires de Corbei-Essonne*, n° 164820, p. 169).

EPCMNC : Rejet du pourvoi;

Dans les circonstances de l'espèce, nous vous invitons à rejeter également les conclusions du Centre des monuments nationaux au titre des frais exposés.