

N° 425168, Société Atelier d'architecture Bégué Peyrichou Gérard

7ème et 2ème chambres réunies

Audience du 8 janvier 2020

Lecture du 27 janvier 2020

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

L'originalité de l'affaire qui vient d'être appelée tient davantage à la configuration du litige qu'aux questions qu'elle présente à juger.

En juillet 2009, le Centre hospitalier de Libourne a confié la maîtrise d'oeuvre d'une opération de construction d'un nouvel établissement d'hébergement pour personnes âgées dépendantes (EHPAD) à un groupement de maîtrise d'oeuvre dont la société Atelier d'architecture Bégué Peyrichou Gérard était mandataire. En décembre 2010, il a lancé une procédure d'appel d'offres ouvert pour l'attribution notamment du lot n° 2 "terrassement et gros oeuvre", à laquelle huit entreprises se sont portées candidates. Or il est apparu au cours de la procédure que les documents de la consultation, élaborés par la maîtrise d'oeuvre, comportaient une contradiction quant à l'inclusion des études d'exécution dans l'objet du marché de travaux : le CCTP indiquait qu'elles en faisaient partie alors que le CCAP, plus précisément l'un de ses articles lui-même en contradiction avec un autre, mentionnait qu'elles étaient à la charge du maître d'oeuvre. Tous les candidats ont présenté des offres comprenant ces études, à l'exception de la société Seg Fayat qui a proposé de les réaliser moyennant un surcoût de son offre de 25 000 euros. Le maître d'oeuvre, conscient de ce qu'une telle proposition ne pouvait être régulièrement acceptée postérieurement au délai de remise des offres, a proposé à l'acheteur d'écarter comme incomplète, donc irrégulière, l'offre de la société Seg Fayat et de retenir celle du groupement Alm Allain / BG2C. Le Centre hospitalier ne l'a pas suivi et a préféré retenir l'offre de la société Seg Fayat, majorée d'un surcoût de 25 000 euros.

Ce qui avait de fortes chances d'arriver arriva : le candidat évincé réclama au Centre hospitalier l'indemnisation du préjudice subi du fait de son éviction irrégulière et obtint du tribunal administratif sa condamnation à lui verser 160 000 euros au titre de son manque à gagner. Le tribunal condamna également le groupement de maîtrise d'oeuvre à garantir intégralement le maître d'ouvrage de cette condamnation. En appel, la CAA de Bordeaux confirma la condamnation du Centre hospitalier mais réforma le jugement pour limiter à hauteur de 40 % sa garantie par le groupement de maîtrise d'oeuvre, au motif que le refus du maître d'ouvrage de suivre l'avis du maître d'oeuvre avait contribué au préjudice subi.

La condamnation du Centre hospitalier est définitive, son pourvoi n'ayant pas été admis. Vous avez en revanche admis celui du groupement de maîtrise d'oeuvre contre sa condamnation à garantir le maître d'ouvrage.

Le plus souvent de telles fautes de la maîtrise d'oeuvre dans la conception des documents contractuels se traduisent par une augmentation du coût des marchés d'exécution, du fait des travaux

supplémentaires qui apparaissent nécessaires pour réaliser les travaux dans les règles de l'art. Tel est par exemple le cas dans votre décision 20 décembre 2017, *Communauté d'agglomération du Grand Troyes* (n° 401747, B), par laquelle vous avez explicité les garanties que pouvait obtenir le maître d'ouvrage du maître d'œuvre dans cette hypothèse. Vous n'avez en revanche à notre connaissance jamais été saisi d'un litige dans lequel la responsabilité contractuelle du maître d'œuvre était recherchée en réparation des conséquences de son erreur de conception des documents de la consultation sur la régularité de la procédure d'attribution du marché. Mais nous ne voyons aucune raison de ne pas l'admettre : la contradiction dont était entachée les documents de la consultation procède bien d'une faute du maître d'œuvre dans l'exécution de ses missions, susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle à l'égard du maître d'ouvrage s'il en subit un préjudice et la condamnation de ce dernier du fait de l'irrégularité de la procédure, qui est, au moins en partie, imputable à cette erreur, représente bien un préjudice.

Le principe d'une responsabilité du maître d'œuvre à ce titre n'est d'ailleurs pas contesté et la particularité de cette affaire ne ressortira donc que de l'exposé des faits qu'en donnera votre décision.

La réponse aux moyens n'apportera en revanche rien de nouveau à votre jurisprudence, d'autant plus que le premier, qui n'est pas plus intéressant, est fondé, ce qui vous dispensera d'examiner les deux autres.

Il est dirigé contre les motifs par lesquels la cour a écarté la fin de non recevoir opposée par la société requérante aux conclusions en appel en garantie du Centre hospitalier, fondée sur le caractère définitif du décompte du marché de maîtrise d'œuvre qui ne mentionnait pas ce préjudice. La Cour a jugé que "si, après la transmission au titulaire du marché du décompte général qu'il a établi et signé, le maître d'ouvrage ne peut, nonobstant l'engagement antérieur d'une procédure juridictionnelle, réclamer à celui-ci, au titre de leurs relations contractuelles, des sommes dont il n'a pas fait état dans le décompte, il peut néanmoins présenter à son encontre des conclusions en garantie".

Cette affirmation est trop générale, comme le montrent plusieurs de vos décisions de ces dernières années.

Elle reprend l'exception au principe de l'intangibilité du décompte général et définitif que vous avez posé par votre décision *Cne de Dijon* du 15 novembre 2012 (n° 349107, aux T sur ce point), qui ouvre au maître d'ouvrage la possibilité d'appeler en garantie un constructeur, maître d'œuvre ou autre entreprise titulaire d'un autre lot, alors même que le décompte de son marché est devenu définitif, d'une condamnation prononcée à son encontre envers un autre constructeur. Cette solution est, comme l'expliquait B. Dacosta dans ses conclusions sur cette affaire, "commandée par les caractéristiques mêmes de l'opération de construction, qui fait normalement intervenir plusieurs entreprises liées chacune par contrat avec le maître d'ouvrage" et par l'impossibilité pour le maître d'ouvrage de "reporter l'établissement du décompte jusqu'à la date à laquelle il sera certain qu'aucun autre des participants à l'opération de construction ne pourra plus obtenir la réparation d'un préjudice impliquant le constructeur".

Vous vous êtes cependant récemment attachés à en préciser les conditions de mise en œuvre, dans le sens d'une rigueur qui correspond à son caractère dérogatoire. Dans le prolongement de la raison qui vous a conduit à ouvrir cette action en garantie lorsque le maître d'ouvrage ignorait légitimement que sa responsabilité pourrait être engagée, vous avez jugé à plusieurs reprises qu'elle n'était pas recevable lorsqu'il avait connaissance, avant d'établir le décompte général du marché du constructeur appelé en garantie, de l'existence d'un litige susceptible d'affecter les droits et

obligations nées de l'exécution de ce marché (CE, 17 mai 2017, *Commune de Reilhac et Office public de l'habitat du Cantal*, n° 396241, aux T sur ce point; CE, 6 mai 2019, *société Icade Promotion*, n° 420765, aux T sur ce point). L'existence d'un litige en cours devant la juridiction administrative ou même d'une réclamation doit conduire le maître d'ouvrage, pour sauvegarder les droits qu'il défend dans ce litige, soit à surseoir à l'établissement du décompte, soit à l'assortir de réserves correspondantes (CE, 20 mars 2013, Centre hospitalier de Versailles, n° 357636, B ; CE, 19 novembre 2018, *Institut national de recherche en sciences et technologies pour l'environnement et l'agriculture (INRSTEA)*, n° 408203, aux T sur ce point). Ces réserves, avez-vous précisé dans votre décision *Icade* précitée, n'ont pas à être chiffrées à ce stade. Le maître d'ouvrage doit seulement réserver l'issue du différend dont il a connaissance pour pouvoir ensuite faire valoir à l'encontre de son cocontractant les droits qu'il en aura tiré.

En l'espèce, ces principes devaient conduire la cour à rejeter les conclusions en appel en garantie du groupement de maîtrise d'œuvre, car le décompte général de son marché avait été notifié sans réserves un an après que le Centre hospitalier avait, dans le cadre de l'action indemnitaire formée par le candidat évincé, formé ces conclusions d'appel en garantie. Il avait donc bien connaissance, lors de l'établissement du décompte général du groupement de maîtrise d'œuvre, de la faute que celui-ci avait commis dans l'exécution de ses obligations et du préjudice qu'il pourrait en subir du fait de la réclamation du candidat évincé. En ne réservant pas l'issue de ce litige dans le décompte du marché de maîtrise d'œuvre, il a perdu la possibilité de s'en prévaloir après qu'il est devenu définitif.

Nous vous proposons donc d'annuler l'arrêt en tant qu'il a statué sur les conclusions d'appel en garantie du Centre hospitalier et, réglant l'affaire au fond, de réformer le jugement pour les rejeter intégralement.

Vous n'aurez donc pas, si vous nous suivez, à examiner les autres moyens du pourvoi. Autant le deuxième, relatif à l'appréciation portée par la cour sur les contradictions entachant les documents de la consultation, est manifestement infondé, autant le troisième n'était pas dépourvu d'intérêt. La société requérante contestait la reconnaissance du lien de causalité entre sa faute dans l'établissement des documents du marché et la condamnation du maître d'ouvrage envers le candidat évincé en faisant valoir qu'il lui avait recommandé d'écarter l'offre de la société retenue au profit de celle qui a été évincée. Mais nous ne pensons pas que vous auriez pu la suivre dans ce raisonnement car c'est alors la société attributaire qui aurait pu exiger réparation des conséquences préjudiciables du rejet de son offre imputable à l'inexactitude des documents de la consultation, ce qui aurait également conduit le maître de l'ouvrage à engager la responsabilité du maître d'œuvre. Ce conseil, non plus qu'aucun autre, ne pouvait donc rattraper complètement l'erreur commise. Le meilleur aurait été d'inviter le Centre hospitalier à reprendre la procédure. Il ne se serait exposé qu'à l'indemniser des coûts supplémentaires qu'en aurait supporté le maître de l'ouvrage.

Mais, quoi qu'il en soit, l'erreur de ce dernier dans l'établissement du décompte général lui permet de s'en tirer à très bon compte.

EPCMNC : - Annulation de l'arrêt en tant qu'il statue sur les conclusions d'appel en garantie du CH de Libourne et au rejet de ces conclusions;

- Mettiez à la charge du CH de Libourne le versement à la société requérante d'une somme de 6 000 euros au titre des frais exposés devant vous et devant les juges du fond.

