

N°438593
Société Cari Fayat

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 25 janvier 2021
Lecture du 4 février 2021

Conclusions

Mme Mireille LE CORRE, rapporteure publique

Quel est le juge compétent pour statuer sur un litige entre un constructeur et son assureur en garantie décennale lorsque le contrat d'assurance a été conclu par le mandataire du maître d'ouvrage ?

1. Cette question vient aujourd'hui devant vous du fait de l'existence d'un contrat de « police unique de chantier », mais elle conduit à un questionnement plus large.

Cette police permet de réunir, dans un seul contrat, les deux types d'assurance obligatoires qui s'imposent pour couvrir les désordres de nature décennale, à savoir la garantie « dommage-ouvrage », qui bénéficie au maître d'ouvrage (article L. 241-1 du code des assurances) et la garantie « responsabilité décennale », au bénéfice du constructeur (L. 242-1 du même code).

La garantie dommage-ouvrage n'est pas obligatoire pour les personnes publiques mais elles peuvent la souscrire. Elle permet au maître d'ouvrage d'obtenir de son assureur l'indemnisation des désordres décennaux, sans avoir à rechercher la responsabilité des constructeurs. L'assureur est alors subrogé dans les droits du maître d'ouvrage et peut rechercher la responsabilité décennale des constructeurs.

La garantie responsabilité décennale couvre la garantie due par les constructeurs à ce titre.

Dans la majorité des cas, ces garanties font l'objet de deux contrats distincts, l'un, administratif, souscrit par le maître d'ouvrage, l'autre, de droit privé, souscrit par le constructeur. Mais la pratique de la police unique de chantier a été développée, essentiellement dans les années 1980-1990, du fait de ses avantages d'ordre financier (un prix inférieur via un contrat unique) et d'ordre pratique (le maître d'ouvrage n'a pas à vérifier les polices de chaque constructeur et sont ainsi évités des risques de divergences entre les différents assureurs). Ses inconvénients semblent toutefois s'être révélés plus importants (du fait de diverses complexités¹ pour l'assureur liées à la gestion d'un contrat unique ou encore de l'effet d'éviction au détriment des petits assureurs). Il semble que les assureurs ne

¹ Répertoire Dalloz de droit immobilier, rubrique Assurance construction, J. Roussel, n° 14 à 16

proposent quasiment plus aujourd'hui cette police unique, ce qui explique que vous n'ayez pas été amenés à vous prononcer sur de tels contrats à ce jour et le serez sans doute peu à l'avenir.

2. En l'espèce, en 2001, la commune d'Auch a confié à un groupement d'entreprises solidaires, composé de trois sociétés dont la société Carillion BTP Nicoletti, désormais dénommée société Cari-Fayat, un marché de travaux de construction d'un parc de stationnement souterrain.

La conception de l'ouvrage a été confiée à un groupement de maîtrise d'œuvre, et la commune a conservé la maîtrise d'œuvre d'exécution. La société d'économie mixte Gers est intervenue pour le compte du maître d'ouvrage et a souscrit un contrat de police unique de chantier auprès de la société AGF, devenue Allianz Iard.

Après la réception des travaux, des dégâts des eaux se sont produits, affectant le parc de stationnement. Le tribunal administratif de Pau a ordonné une expertise, puis la commune a demandé la condamnation des constructeurs, sur le fondement de la garantie décennale, à lui verser une somme d'environ 85 000 euros en réparation de ces désordres.

Le tribunal administratif a condamné les membres du groupement d'entreprises solidaires à verser à la commune une indemnité d'environ 30 000 euros au titre de la garantie décennale, a mis à leur charge la moitié des frais d'expertise et a rejeté l'ensemble des conclusions et divers appels en garantie dirigés contre la société Allianz Iard.

La société Cari-Fayat a saisi la cour administrative d'appel de Bordeaux contre ce jugement en tant qu'il a condamné les entreprises du groupement à verser cette indemnité et rejeté ses conclusions subsidiaires contre la société Allianz Iard. La cour a rejeté l'appel de la société Cari-Fayat ainsi que l'appel incident de la commune.

La société Cari-Fayat se pourvoit en cassation contre cet arrêt en tant qu'il a rejeté ses conclusions dirigées contre la société Allianz Iard. Sur ce point, la cour a retenu que le contrat de la police unique de chantier, « souscrit pour le compte de personnes morales de droit privé, ne peut être regardé comme un marché public et n'a pu faire naître entre les constructeurs et l'assureur que des rapports de droit privé. » Elle a estimé en conséquence que les conclusions de la société Cari-Fayat dirigées contre la compagnie Allianz Iard devaient être rejetées comme portées devant une juridiction incompétente pour en connaître.

L'unique moyen du pourvoi porte sur l'erreur de droit que la cour aurait commise en jugeant que la juridiction administrative était incompétente pour connaître de cet appel en garantie contre l'assureur.

Les exemples jurisprudentiels sont rares, mais relevons qu'à l'inverse, la CAA de Douai s'est reconnue compétente pour statuer sur les stipulations d'une police unique de chantier et notamment sur celles relevant du volet responsabilité décennale (8 octobre 2013, n° 12DA00416).

3. En matière de travaux publics, le Tribunal des conflits tend, comme vous le savez, à dégager un bloc de compétences autour du juge administratif (TC, 2 juin 2008, Souscripteurs des Lloyds de Londres c/ commune de Dainville, n° 3621, p. 555).

Toutefois, même en présence d'une opération de travaux publics, le juge judiciaire est compétent lorsque le litige oppose le constructeur et l'assureur avec lequel il a souscrit un contrat d'assurance, dès lors que ne sont en jeu que des obligations de droit privé (TC, 15 février 1999, EURL Girod, n° 03077, au Recueil ; TC, 12 novembre 2018, SARL Millet BTP et SMABAT, n° 4139).

Quelles conséquences tirer de la double particularité tenant ici, d'une part, à ce que le contrat d'assurance a été conclu par le maître d'ouvrage ou plus exactement son mandataire, d'autre part, qu'il a été conclu pour partie, au bénéfice d'une personne privée ?

D'abord, ce contrat a-t-il la nature d'un contrat administratif ? Comme vous le savez, en application de l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 dite Murcef, applicable à la date de la conclusion du contrat, « *Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs (...)* ».

Les contrats d'assurance n'échappent pas à cette règle. L'article 1^{er} du décret du 27 février 1998 les a soumis au code des marchés publics. Et il a ensuite été jugé qu'un contrat d'assurance passé par une personne morale de droit public soumise aux dispositions du code des marchés publics présentait le caractère d'un contrat administratif (TC, 22 mai 2006, OPHLM de Montrouge c/ Société mutuelle d'assurances des collectivités locales, n° 3503, au Recueil ; CE, 31 mars 2010, Mme R..., n° 333627, au Recueil).

a) Première particularité : en l'espèce, le contrat a été passé non par le maître d'ouvrage, mais par la SEM sur mandat du maître d'ouvrage. Précisons, à cet égard, que le terme de « maître d'ouvrage délégué » est utilisé de façon impropre en l'espèce, comme cela a souvent été le cas. Cette qualification devrait être réservée au cas particulier où plusieurs maîtres d'ouvrages désignent l'un d'entre eux pour exercer cette mission en leur nom. Le code de la commande publique est désormais beaucoup plus clair s'agissant du mandat de maîtrise d'ouvrage (L. 2422-5 et s).

La SEM agissait en cette qualité en application de la loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage public et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite loi MOP), dont l'article 3 prévoit que le maître d'ouvrage peut confier à un mandataire l'exercice « en son nom et pour son compte » de tout ou partie des attributions de la maîtrise d'ouvrage qu'il détermine et il précise que le mandataire représente le maître d'ouvrage à l'égard des tiers dans l'exercice de ces attributions.

La seule qualité de marché passé par une SEM ne suffisait pas, à l'époque des faits, à les qualifier de contrats administratifs.

L'article 48 de la loi du 29 janvier 1993 (loi Sapin) disposait que leurs marchés « conclus pour l'exécution ou les besoins du service public par les sociétés d'économie mixte, en leur nom ou pour le compte de personnes publiques, sont soumis aux principes de publicité et de mise en concurrence prévus par le code des marchés publics ». Vous avez jugé que ce renvoi législatif ne suffisait pas à en faire des marchés « passés en application du code des marchés publics » au sens de l'article 2 de la loi du 11 décembre 2001 (CE, 7 mars 2005, Sté Seco-Rail, n° 271289, inédit).

Toutefois, le caractère administratif du contrat passé ici par la SEM pour le compte du maître d'ouvrage ne fait, selon nous, pas de doute, pour plusieurs raisons.

D'abord, avant la loi dite Murcef², vous avez déjà qualifié de contrats administratifs les contrats conclus par une SEM exerçant ces fonctions pour le maître d'ouvrage (CE, 28 juillet 1995, Préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris c/ Société de gérance Jeanne d'Arc, n° 143438, au Recueil). Le Tribunal des conflits a quant à lui écarté la compétence du juge administratif parce que le marché litigieux passé par une SEM n'avait pas été conclu pour le compte d'une personne publique (TC, 20 février 2006, Duval c/ Bureau d'étude technique Berim, n° 3498, inédit).

Ensuite, l'article 2 du code des marchés publics de 2001, dans sa version applicable au litige, dispose, au 2° de son I, que les dispositions de ce code s'appliquent « aux marchés conclus en vertu d'un mandat donné par une des personnes publiques mentionnées 1° du présent article [c'est-à-dire Etat, ses établissements publics autres qu'EPIC, les collectivités territoriales et leurs EP], sous réserve des adaptations éventuellement nécessaires auxquelles il est procédé par décret. » En l'espèce, la commune a précisément donné mandat à la SEM pour souscrire le contrat litigieux. Celui-ci était donc soumis aux règles du code des marchés publics.

Enfin, l'article 4 de la loi MOP conduit aussi à cette solution : dans sa version applicable au litige, il dispose expressément que « les règles de passation des contrats signés par le mandataire sont les règles applicables au maître de l'ouvrage ». Si le maître de l'ouvrage est soumis au code des marchés publics, le mandataire l'est aussi.

Ce contrat d'assurance est ainsi soumis au code des marchés publics et constitue un contrat administratif par détermination de la loi, du moins par renvoi aux règles applicables aux personnes publiques.

b) La seconde particularité tient au double volet du contrat litigieux et à ce qu'il concerne pour partie des relations entre une personne privée et son assureur. Il comporte à la fois, comme nous l'avons dit, la police dommage-ouvrages (DO), normalement conclue par le maître d'ouvrage, et la police responsabilité décennale (RD), normalement conclue par les constructeurs.

² Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF)

La cour a considéré que ce contrat, en tant qu'il concerne la responsabilité décennale des constructeurs, devait être qualifié de contrat de droit privé. Certes, vous avez jugé qu'une personne publique pouvait conclure un contrat pour le compte d'une personne privée, ce contrat étant alors un contrat de droit privé (3 juin 2009, OPAC du Rhône, n° 324405, aux Tables sur ce point). Mais cette décision est fondée sur l'existence d'un véritable mandat (de gestion), qui faisait obstacle à ce que le contrat puisse être regardé comme conclu par une personne publique. Ce n'est pas le cas en l'espèce : le maître d'ouvrage qui souscrit une police unique de chantier n'est pas le mandataire des constructeurs.

La solution retenue par la cour ne va donc pas de soi. Elle conduit en effet à donner une double qualification au contrat : pour partie administratif, pour partie privé.

Certes, cette distinction n'est pas impossible. Il y aurait en fait un « deux en un » avec cette police unique : deux contrats distincts réunis formellement dans un même acte.

Elle présente un avantage indéniable, qui est de faire relever du juge judiciaire un litige qu'il est susceptible de connaître plus naturellement, portant sur l'action en garantie d'un constructeur contre son assureur (TC, 15 février 1999, EURL Girod, n° 03077, au Recueil). Le juge administratif ne connaît pas des appels en garantie de l'assureur par les constructeurs lorsqu'ils ont conclu eux-mêmes le contrat d'assurance et il pourrait être cohérent qu'il n'en connaisse pas davantage lorsque le maître d'ouvrage a conclu le contrat pour eux.

Toutefois, des arguments militent en sens inverse pour une qualification globale de ce contrat en contrat administratif, et ce dans toutes ses stipulations.

Tout d'abord, une qualification unique évite de redoutables questions qui ne manqueraient pas de se poser en cas de dualité, pour déterminer par exemple les règles applicables à sa passation, notamment en termes de seuils, si devait être isolée la seule garantie dommage-ouvrage.

Outre l'intérêt de la simplicité tenant à une qualification unique, cette solution correspond, nous semble-t-il, à l'esprit du dispositif de police unique de chantier. Il permet au maître d'ouvrage de disposer d'un interlocuteur unique en cas de désordre affectant l'ouvrage, évitant, comme le souligne Denis Besle dans son étude sur l'« Etendue de la subrogation dont peut se prévaloir un assureur »³, « les divergences d'appréciation entre les compagnies d'assurances sur la nature décennale ou non des désordres qui pourraient conduire une compagnie d'assurance à indemniser le maître d'ouvrage et une autre à refuser de couvrir le constructeur assuré à ce titre ».

En outre, cette police d'assurance unique nous paraît relever des dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 112-1 du code des assurances, relative à la stipulation pour autrui. Un doute est toutefois permis car si le premier alinéa de cet article porte sur les assurances conclues en vertu d'un mandat, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, il prévoit aussi qu'un

³ AJDA 2008

contrat peut être conclu « pour le compte d'une personne déterminée » même sans mandat. Mais il nous semble que nous sommes plutôt dans le champ du deuxième alinéa, relatif à la stipulation pour autrui au profit du bénéficiaire de la clause, car la SEM n'apparaît pas avoir agi en exécution d'un mandat, même tacite.

Rappelons que la stipulation pour autrui est, en droit des obligations, un contrat par lequel une partie appelée le stipulant obtient d'une autre appelée le promettant l'engagement qu'elle donnera ou fera quelque chose au profit d'un tiers appelé le bénéficiaire. Celui-ci n'a pas besoin d'exprimer son consentement pour devenir créancier du promettant. La stipulation pour autrui est régie par l'article 1205 du code civil⁴. L'assurance vie ou des clauses de non-concurrence au profit de tiers dans certains contrats en sont des exemples.

L'article L. 112-1 du code des assurances dispose dans son deuxième alinéa que « *L'assurance peut aussi être contractée pour le compte de qui il appartiendra. La clause vaut, tant comme assurance au profit du souscripteur du contrat que comme stipulation pour autrui au profit du bénéficiaire connu ou éventuel de ladite clause* ».

Le maître d'ouvrage public bénéficie ainsi d'une possibilité d'action directe contre l'assureur pour un dommage entrant dans le champ de la responsabilité décennale, même si le bénéficiaire de la stipulation pour autrui – le constructeur – dispose aussi d'une possibilité d'action propre (article 1209 du code civil ; Cass., 1^{ère} civ., 12 juillet 1956, n° 56-07.052, Bull.civ.I)

De ceci se dégage l'idée que le contrat litigieux, y compris dans sa partie garantie décennale, ne régit pas uniquement une relation entre deux personnes privées, puisqu'il offre une voie d'action directe à la personne publique, ce qui nous conforte plutôt dans le sens de la compétence du juge administratif.

L'existence d'une stipulation pour autrui dans un contrat administratif pourrait toutefois être prise en compte pour isoler les obligations de droit privé en résultant.

Même en considérant que le contrat doit être qualifié dans sa totalité de contrat administratif, vous pourriez alors considérer que l'existence de telles obligations emporte des conséquences sur la seule question de la compétence juridictionnelle et justifie que les litiges relatifs à l'exécution de ces clauses relèvent du juge judiciaire.

Toutefois, cette piste nous semble quelque peu délicate.

⁴ Article 1205 du code civil : « On peut stipuler pour autrui. / L'un des contractants, le stipulant, peut faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire. Ce dernier peut être une personne future mais doit être précisément désigné ou pouvoir être déterminé lors de l'exécution de la promesse. »

D'abord, la stipulation pour autrui n'est pas vraiment familière en droit administratif. Vous ne l'avez que très rarement maniée, mais pas non plus exclue.

Vous avez clarifié la possibilité d'une action directe non seulement de la part du cocontractant mais aussi du bénéficiaire avec votre décision du 22 juillet 1927, *Synd. des employés et contremaîtres des secteurs électriques de la Seine* (au Recueil, p. 826), en retenant que « *le différend [relatif à des clauses bénéficiant au personnel des sociétés concessionnaires] ne pouvait être porté devant le juge du contrat que par ceux qui, étant parties à ce contrat, étaient en mesure d'exciper d'une méconnaissance des droits contractuels, c'est-à-dire, soit par le concédant, soit par le concessionnaire, soit enfin par les usagers et les agents au profit desquels les clauses litigieuses ont été insérées dans les conventions* ».

Vous avez confirmé cette possibilité d'action directe du bénéficiaire contre le promettant avec la décision Pabion du 1^{er} mars 1991 (n° 90477, au Recueil).

Le recours à la notion de stipulation pour autrui est aussi évoqué, sans être retenu, par les commissaires du gouvernement sur certaines décisions⁵. Gilles Le Chatelier souligne ainsi dans ses conclusions sur la décision Confédération française des syndicats de biologistes et Conseil national de l'ordre des médecins (CE, 1/4 SSR, 10 juin 1994, n° 142184, aux Tables) la « *prudence* » du juge administratif à l'égard de la notion.

Surtout, cette voie – consistant à déterminer la compétence juridictionnelle en fonction d'une qualification qui devrait être faite obligation par obligation au sein d'un contrat - nous paraît complexe, en tout cas très constructive et peut-être peu en phase avec le souci du Tribunal des conflits de dégager, le plus souvent, dans ces matières, des blocs de compétence.

Au total, nous pensons donc plutôt que le contrat devait être qualifié d'administratif dans son ensemble et que le juge administratif était compétent pour connaître de ce litige, dans son ensemble.

Mais l'existence d'une stipulation pour autrui et la cohérence avec la compétence « naturelle » du juge judiciaire s'agissant de telles obligations de droit privé constituent des éléments tout aussi importants.

C'est pourquoi sur cette question inédite, tenant aux conséquences d'une stipulation pour autrui au bénéfice d'une personne privée, au sein d'un contrat administratif – ce qui est susceptible d'avoir des effets de bord au-delà de la question de la police unique de chantier - nous pensons préférable que vous saisissiez le Tribunal des conflits.

Tel est donc le sens de nos conclusions, tendant ainsi :

- A ce renvoi de l'affaire au Tribunal des conflits

⁵ Conféd. française des syndicats de biologistes (CE, 1/4 SSR, 10 juin 1994, n° 142184, aux T.) Ministre de la coopération c/ Bonn (CE, Section, 14 mai 1993, n° 81221, au R.) Perreau (CE, 8/3 SSR, 20 octobre 2000, n° 192851, au R).

- A ce qu'il soit sursis à statuer sur le pourvoi jusqu'à ce que le Tribunal des conflits ait tranché la question de savoir quel est l'ordre de juridiction compétent pour y statuer.