

N° 461341
Société Rousseau

7^{ème} et 2^{ème} chambres réunies

Séance du 15 mai 2023
Lecture du 5 juin 2023

Conclusions

M. Marc PICHON de VENDEUIL, Rapporteur public

Dans l'introduction de ses célèbres *Cours de contentieux administratif*¹, c'est la responsabilité décennale que le président Odent cite en premier au titre des matières où le juge administratif n'applique pas littéralement les textes du droit privé mais adapte au contraire ces textes et principes aux exigences particulières du droit des services publics.

La présente affaire vous offre la possibilité d'en donner une illustration inédite, à travers la **question de l'applicabilité à un marché public de travaux des dispositions de l'article 1792-7 du code civil**, selon lesquelles : « *Ne sont pas considérés comme des éléments d'équipement d'un ouvrage au sens des articles 1792, 1792-2, 1792-3 et 1792-4 les éléments d'équipement, y compris leurs accessoires, dont la fonction exclusive est de permettre l'exercice d'une activité professionnelle dans l'ouvrage* ».

1. En l'espèce, la question se pose dans le cadre du litige qui oppose le Service hydrographique et océanographique de la Marine (SHOM), établissement public administratif situé à Brest, à la société Rousseau à laquelle il a commandé, par un marché conclu en 2010, le remplacement d'une centrale à eau glacée et

¹ Fascicule I, p. 13 et 20 et s.

d'une centrale de traitement d'air ainsi que la refonte de la ventilation d'un atelier de reprographie, pour un montant d'un peu moins de 200 000 euros.

La maîtrise d'œuvre de l'opération a été *in fine* confiée au bureau d'études techniques Xavier Pichereau, la société Airwell France ayant par ailleurs fourni les dispositifs de climatisation.

Les travaux ont été réceptionnés sans réserves au mois de juillet 2011 et se sont avérés défectueux dès le mois de septembre, le système étant mis à l'arrêt un an plus tard.

Après plusieurs missions d'expertise, le SHOM a saisi le TA de Rennes de conclusions tendant à la condamnation de la société Rousseau à l'indemniser, au titre de la garantie décennale, des différents préjudices subis (remplacement des groupes frigorifiques défectueux ; location et installation des groupes de remplacement).

Le tribunal a rejeté la demande au motif que ces équipements, dissociables du bâtiment, ne le rendaient pas impropres à sa destination.

Toutefois, par un arrêt du 17 décembre 2021, contre lequel la société Rousseau se pourvoit en cassation, la cour administrative d'appel de Nantes a estimé le contraire et par conséquent annulé le jugement et condamné la société Rousseau à verser au SHOM la somme de 201 116,79 euros.

2. Une chose nous paraît certaine : vous devrez au moins partiellement annuler l'arrêt pour un motif d'irrégularité.

Il est en effet soutenu que la cour a commis une erreur de droit en rejetant les conclusions d'appel tendant à ce que la société Rousseau soit garantie de toute condamnation par les sociétés Airwell France et BET Xavier Pichereau, au motif que ces conclusions n'étaient assorties d'aucun moyen, alors que de tels moyens avaient été soulevés en première instance.

Or, vous jugez que, dans le cas où le juge d'appel accueille l'un des moyens de l'appelant, il lui appartient toujours, avant de faire droit à ses conclusions, de répondre à tous les moyens opérants qui avaient été présentés devant les premiers juges par l'intimé, à la seule exception de ceux que ce dernier a expressément abandonnés en appel (CE 8 février 2002, *Thomas*, n° 209819, T. p. 898 ; CE 6 octobre 2008, *Société coopérative ouvrière de production*, n° 283014, T. p. 888 ; CE 19 novembre 2008, *Société Getecom*, n° 292948, p. 425 sur un autre point).

Dans cette logique, dès lors que la cour a fait droit à l'appel de la SHOM pour condamner la société Rousseau, qui était défenderesse devant le TA et intimée devant elle, les juges d'appel étaient nécessairement saisis, par la voie de l'effet dévolutif, des conclusions et des moyens que la société avait présentés devant le TA, à l'exception de ceux qu'elle avait expressément abandonnés, ce qui n'était pas le cas de l'appel en garantie et des moyens soulevés à son appui. En effet, et contrairement à ce qui est allégué devant vous par la société Airwell, le simple fait que la société Rousseau a présenté des conclusions d'appel provoqué non motivées sur ce point ne saurait selon nous être assimilé à un abandon exprès de ses premières conclusions.

La cour ne pouvait donc se borner à relever que les conclusions d'appel n'étaient assorties d'aucun moyen pour rejeter l'appel en garantie alors qu'elle était tenue de statuer sur les moyens soulevés en première instance sur ce point : vous annulerez donc son arrêt en tant qu'il rejette les conclusions de la société Rousseau tendant à ce que la société Airwell France et le BET Xavier Pichereau soient appelés en garantie.

3. Reste à savoir s'il vous faut aller plus loin et censurer l'arrêt dans son intégralité en estimant, comme vous y invite le pourvoi, que la cour a insuffisamment motivé son arrêt et commis une erreur de droit en écartant la fin de non-recevoir tirée de ce que l'action du SHOM était prescrite au regard des dispositions combinées des articles 1792-7 et 2224 du code civil ?

La cour a en effet estimé que les deux groupes de production de froid n'ont pas pour fonction exclusive de permettre l'exercice d'une activité professionnelle particulière dans l'ouvrage, au sens de l'article 1792-7 du code civil, mais qu'ils sont nécessaires afin de rendre l'ouvrage dans son ensemble conforme à la destination qui lui a été donnée.

La branche d'insuffisance de motivation n'est donc guère fondée puisque la cour a bien répondu au moyen qui lui était soumis.

Est en revanche plus délicate la branche d'erreur de droit, qui reproche à la cour de s'être bornée à déduire du constat que les équipements étaient nécessaires pour rendre l'ouvrage conforme à sa destination que l'application de l'article 1792-7 devait être écartée.

3.1. Il nous semble en effet, si l'on se place dans la logique du pourvoi, que la CAA aurait dû raisonner en sens inverse, en se demandant d'abord si les équipements en cause avaient ou non pour fonction exclusive l'exercice d'une activité professionnelle puis, en cas de réponse négative, en recherchant si les désordres dont les équipements étaient affectés étaient de nature à rendre l'ouvrage impropre à sa destination.

Nous ne croyons pas en revanche que la cour pouvait déduire de la seule circonstance qu'ils étaient de nature à rendre l'ouvrage impropre à sa destination le fait qu'ils ne pouvaient être regardés comme n'ayant pas pour fonction exclusive de permettre l'exercice d'une activité professionnelle dans le bâtiment. En effet, en retenant le même critère pour rendre applicable la garantie décennale et pour ne pas appliquer l'article 1792-7 du code civil, le raisonnement de la cour conduit, de fait, à neutraliser la portée de ce dernier article.

En conséquence, si vous estimiez que l'article 1792-7 est applicable en l'espèce, vous ne pourriez que censurer l'erreur de droit commise par la cour.

3.2. Toutefois, nous ne sommes pas persuadé que ces dispositions doivent trouver à jouer en droit public.

3.2.1. Comme nous vous le rappelions dans nos propos liminaires, votre jurisprudence a depuis longtemps admis une part d'autonomie en la matière lorsque le maître d'ouvrage est une personne publique : votre arrêt d'Assemblée du 2 février 1973, *Sieur T...*, n° 82706, p. 95², ne se réfère ainsi qu'aux « *principes dont s'inspirent les articles 1792 et 2270 du code civil* » et, depuis les modifications du code civil résultant de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription, vous vous bornez même, tout en visant le code civil, à vous référer aux « *principes régissant la garantie décennale des constructeurs* » (CE 15 avril 2015, *Commune de Saint-Michel-sur-Orge*, n° 376229, p. 151).

Pour reprendre la formule du Président Odent, « il ne s'agit pas seulement d'exercices de style »³ ; au contraire, ces rédactions traduisent des approches différentes du juge judiciaire et du juge administratif, fondées notamment sur l'idée que l'action administrative ne saurait être entièrement régie par les règles régissant les rapports entre personnes privées, y compris dans un domaine – celui de la construction – où existent indubitablement des points communs puisque les opérations de travaux sont matériellement les mêmes, quelle que soit la nature de l'ouvrage ou de leurs commanditaires.

C'est du reste bien la raison pour laquelle vous ne vous interdisez nullement, le cas échéant, de faire directement application de certaines dispositions spécifiques du code civil. Vous l'avez fait assez récemment pour ce qui concerne l'extension de la garantie décennale au « fabricant » au sens de l'article 1792-4 du code civil (CE 21 octobre 2015, *Commune de Tracy-sur-Loire*, n° 385779, T. p. 754 ; CE 4 avril 2016, *Société Unibéton*, n° 394196, T. p. 689). Mais vous le faites sciemment, lorsque vous estimez qu'aucun obstacle lié aux particularités du droit public ne s'y oppose. Ainsi, dans le cas du fabricant, vous ne pouviez que constater, comme vous le démontrait Gilles Pellissier dans ses conclusions sous les deux affaires précitées, que vous partagez « la même conception des constructeurs

² Voir aussi CE 22 mars 1991, *Syndicat mixte du Parc naturel des volcans d'Auvergne*, n° 89502, p. 104

³ *op. cit.* p. 21

que le code civil et le juge judiciaire » et qu'il n'y avait donc aucune raison de ne pas avoir la même conception des fabricants et de ne pas leur appliquer le même régime de responsabilité solidaire avec les constructeurs.

3.2.2. Dans cette logique, qu'en est-il de la notion « d'équipements » en matière de garantie décennale et faut-il faire un sort particulier, en matière de construction publique, aux équipements ayant une finalité exclusivement professionnelle ?

Vous savez que la notion a été introduite par la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978, dite Spinetta, par opposition à l'ouvrage proprement dit : le code civil a ainsi distingué les équipements indissociables de l'ouvrage, qui sont couverts par la garantie décennale (art. 1792-2⁴), des équipements dissociables, qui relèvent d'une garantie biennale aux termes de l'article 1792-3.

Toutefois, tant la Cour de cassation (3e Civ., 23 janvier 1991, n° 88-20.221, Bull. III, n° 3)⁵ que vous-mêmes êtes allés au-delà de la lettre de ces textes puisque vous avez chacun admis que **la garantie décennale bénéficie aussi aux équipements dissociables, s'ils rendent l'ouvrage impropre à sa destination** (CE 8 décembre 1999, *Société Borg Wagner*, n° 138651, B, ccl. C. Bergeal).

Dans ce cadre, l'article 1792-7 a été introduit dans le code civil par l'ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005 portant modification de diverses dispositions relatives à l'obligation d'assurance dans le domaine de la construction et aux géomètres experts, à la suite du « Rapport sur le champ d'application de l'assurance construction obligatoire » de décembre 1997⁶.

⁴ « Un élément d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage. »

⁵ Voir aussi 3e Civ., 15 juin 2017, n° 16-19.640, Bull. III, n° 71 ; 3e Civ., 14 septembre 2017, n° 16-17.323, Bull. III, n° 100 ; 3e Civ., 26 octobre 2017, pourvoi n° 16-18.120, Bull. III, n° 119

⁶ Rapport au ministre de l'équipement, du logement, des transports et du tourisme sur le champ de l'assurance construction obligatoire, Hubert Périnet-Marquet, Corinne Saint-Halary-Houin, Jean-Pierre Karila, 1^{er} décembre 1997

Il s'agissait de répondre à ce qui apparaissait comme des divergences de vues au sein de la Cour de cassation, un arrêt rendu en 1996 par la 1^{ère} chambre civile⁷ ayant été compris comme étendant la garantie décennale aux éléments d'équipement industriels ou professionnels, ce qui avait suscité de fortes inquiétudes parmi les professionnels du bâtiment et surtout parmi les assureurs qui craignaient de voir intégrer dans le champ de l'assurance construction obligatoire des désordres ne portant pas sur la construction elle-même mais sur tout élément d'équipement dissociable, puisque vous savez que le champ de l'assurance construction obligatoire recoupe celui de la garantie décennale⁸.

L'ordonnance de 2005 consacre ainsi l'approche plus restrictive de la 3^{ème} chambre civile qui, pour sa part, avait continué de rappeler dans ses décisions le lien nécessaire entre les désordres et l'opération de construction. Les commentateurs⁹ ont en particulier signalé qu'elle permet ainsi de revenir aux fondamentaux de la loi Spinetta de 1978, qui a rendu l'assurance construction obligatoire pour les travaux immobiliers, afin de protéger principalement les personnes faisant construire des immeubles d'habitation.

Il reste qu'en consacrant une exclusion de certains équipements du champ de la responsabilité décennale sur le fondement d'un critère fonctionnel (ceux dont « *la fonction exclusive est de permettre l'exercice d'une activité professionnelle dans l'ouvrage* »), l'article 1792-7 peut être interprété comme remettant en cause le principe selon lequel est couvert par la décennale l'équipement rendant l'ouvrage impropre à sa destination, lorsque la destination de cet ouvrage est, précisément, professionnelle.

En particulier, prise au pied de la lettre, sa combinaison avec les articles 1792-2 et 1792-3 peut conduire à réduire significativement le champ des garanties décennale et biennale, en allant jusqu'à exclure de leur champ des équipements

⁷ 1^{ère} Civ., 26 mars 1996, n° 93-20.229, Bull. I, n° 149

⁸ Article L. 241-1 du code des assurances : « *Toute personne physique ou morale, dont la responsabilité décennale peut être engagée sur le fondement de la présomption établie par les articles 1792 et suivants du code civil, doit être couverte par une assurance.* »

⁹ Ph. Malinvaud, La responsabilité en matière de construction après l'ordonnance n° 2005-658 du 8 juin 2005, RDI 2005 p. 237

pourtant « indissociables » au sens de la définition « physique » qu'en donne l'article 1792-2, qui énonce qu'un « *élément d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage* ».

3.2.3. Une telle situation nous paraît particulièrement problématique pour ce qui concerne les marchés publics de travaux où, par définition, seront très souvent en cause des équipements ayant pour « fonction exclusive l'exercice d'une activité professionnelle »...

Pour y remédier, il nous semble que deux solutions s'offrent à vous.

Vous pourriez, ainsi que l'a fait le juge judiciaire, vous évertuer à cantonner la portée des dispositions de l'article 1792-7.

Ainsi, la Cour de cassation a jugé qu'un équipement peut relever de la garantie décennale s'il s'avère qu'il constitue ce que la doctrine nomme un « ouvrage-équipement », quelle que soit sa finalité fonctionnelle. Elle en a jugé ainsi pour une conduite métallique d'adduction d'eau à une centrale électrique, qu'elle a expressément qualifiée d'ouvrage (3e Civ., 19 janvier 2017, n° 15-25.283, Bull. III, n° 5) ou pour des panneaux photovoltaïques installés sur un toit, qui ne peuvent être regardés comme ayant pour fonction exclusive la production d'électricité dès lors qu'ils « participent de la réalisation de l'ouvrage » lui-même puisqu'ils en assurent le clos et le couvert (3e Civ., 21 septembre 2022, n° 21-20.433, au Bulletin).

Toutefois, aussi opportunes ces solutions puissent-elles paraître, elles restent marquées par le sceau d'une certaine contingence et il nous semble au demeurant qu'elles n'évitent pas que certains équipements dissociables pourtant nécessaires au fonctionnement de l'ouvrage se trouvent exclus du champ de la garantie décennale : ainsi, un arrêt de la 3^{ème} chambre civile du 19 septembre 2019 (pourvoi n° 18-21.361) valide un arrêt qui a exclu du champ de la décennale une

installation de production de froid, dans un bâtiment frigorifique, au motif que cette installation n'était pas un ouvrage.

Comme vous le voyez, cette approche peut s'avérer propice à une certaine insécurité juridique.

Pour cette raison et parce que, plus fondamentalement, il nous semble que la règle posée par l'article 1792-7 méconnaît les particularités de l'action publique et donc du droit qui la régit, nous vous invitons à retenir une position plus radicale, en écartant son application à la garantie décennale à laquelle sont tenus les constructeurs au titre de marchés publics de travaux.

Outre la relative inintelligibilité de ces dispositions et les incertitudes qu'elles ne manqueront pas de faire peser sur votre jurisprudence et celle des juges du fond, deux motifs contextuels finissent de nous en convaincre.

Nous pensons, en premier lieu et comme nous l'avons exposé en vous rappelant la genèse de l'article 1792-7, que le législateur n'a à vrai dire jamais entendu régir la situation des marchés publics. C'est en effet le caractère obligatoire de l'assurance garantie décennale en droit privé qui a été déterminant dans l'introduction de cette disposition.

Or, comme vous le savez, cette obligation n'existe pas en droit public. Au contraire, sur ce volet, les régimes public et privé de la responsabilité décennale diffèrent fortement : la garantie décennale est obligatoire et d'ordre public en droit privé alors qu'elle ne l'est pas en droit public. Il s'agit en droit privé de faire respecter un impératif de « protection des consommateurs », qui n'a évidemment guère lieu d'être en droit public, où il est au contraire loisible aux parties de déroger aux règles de la garantie décennale ou de lui apporter tout aménagement qui leur paraîtrait opportun. En particulier, il ne serait pas interdit à des cocontractants d'insérer dans le marché des clauses favorables aux constructeurs par référence à l'article 1792-7 mais cela relèverait alors de leur liberté contractuelle.

En deuxième lieu, l'environnement est grandement différent : si, en droit privé, la garantie décennale peut porter tant sur des constructions de locaux d'habitation que de locaux professionnels, en droit public, elle concernera dans la quasi-totalité des cas des locaux professionnels ou assimilés.

Appliquer directement le texte de l'article 1792-7 priverait donc largement d'effectivité le régime de la responsabilité décennale en droit public alors, pourtant, que votre jurisprudence *Borg Wagner* fêtera bientôt son quart de siècle dans la sérénité et qu'à notre connaissance, il n'y a pas, de la part des assureurs de constructions publiques, la même demande que celle qui a suscité l'édiction de ce texte.

En somme, l'application devant vous des dispositions de l'article 1792-7 du code civil nous paraît au mieux inutile voire inadéquate, au pire source d'incertitude voire de confusion.

Dès lors, si vous nous suivez dans cette approche, vous pourrez, après avoir écarté son application aux litiges portant sur la responsabilité des constructeurs à l'égard d'un maître d'ouvrage public, regarder comme inopérantes les deux branches du moyen tirées de la méconnaissance de l'article 1792-7 du code civil.

4. Nous serons plus rapide sur le dernier moyen, que vous pourrez également écarter.

Il est tiré de ce que la cour a dénaturé les pièces du dossier en retenant que les désordres affectant les groupes de production de froid rendaient l'ouvrage impropre à sa destination.

Si vous laissez ces questions à l'appréciation souveraine des juges du fond (CE 10 juin 1994, *SA Les Grands travaux de Franche-Comté*, n° 124761, p. 316), il faut avouer qu'on pouvait hésiter un instant, le tribunal ayant d'ailleurs estimé pour sa part que les dysfonctionnements constatés n'empêchaient pas d'utiliser les locaux conformément à l'usage qu'en fait le SHOM.

La cour, qui prend soin de citer expressément « des documents produits pour la première fois en appel », a de son côté considéré que les missions du SHOM nécessitent des serveurs qui doivent être maintenus à une température tempérée et stable et que les équipements concernés sont nécessaires au bon fonctionnement de l'ouvrage constitué par les locaux.

Cela ne nous paraît aucunement contraire aux pièces du dossier : il ne s'agissait pas d'une pure question de confort mais bien d'un impératif, les locaux étant destinés à accueillir des installations informatiques dont le maintien en condition opérationnelle est décisif pour la bonne réalisation des missions de veille et de sécurité maritimes qui incombent au SHOM.

Et par ces motifs, nous concluons :

- à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant seulement qu'il a rejeté les conclusions de la société Rousseau tendant à ce que la société Airwell France et le BET Xavier Pichereau soient appelés en garantie ;
- au renvoi de l'affaire, dans cette mesure, à la CAA de Nantes ;
- au rejet du surplus des conclusions du pourvoi ;
- à ce que la société Rousseau verse la somme de 3 000 euros au SHOM au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet des conclusions présentées au titre des frais d'instance par la société Airwell France.