

CONCLUSIONS

M. Nicolas LABRUNE, Rapporteur public

Au cours de l'année 2010, la commune de Gignac a lancé un projet d'extension de l'EHPAD « Le Micocoulier ». Le marché public de travaux était réparti en 14 lots et, par un acte d'engagement signé de la commune le 5 novembre 2012, la société Entreprise Malet, devenue Spie Batignolles Malet, s'est vu attribuer le lot n° 1, « voiries réseaux divers », tandis que le lot n° 2, « gros œuvre », était confié à la société Ibis Construction. Le marché prévoyait que l'ensemble des travaux seraient réalisés dans un délai de 17 mois mais cette échéance a été dépassée de plusieurs mois, essentiellement en raison de retards importants pris par la société Ibis construction.

C'est principalement pour cette raison que la société Entreprise Malet a refusé de signer le projet de décompte général et formé une réclamation tendant à être indemnisée par la commune des préjudices qu'elle estime avoir subis du fait de l'allongement du chantier. Cette réclamation ayant été implicitement rejetée par la commune, la société Spie Batignolles Malet, venant aux droits de la société Entreprise Malet, a porté l'affaire devant le TA de Montpellier. Par un jugement du 18 mars 2020, celui-ci a partiellement fait droit à sa demande, d'une part, en condamnant la commune de Gignac à lui verser une somme d'un peu plus de 12 000 euros au titre du solde du décompte général, d'autre part en condamnant *in solidum* la commune de Gignac, le maître d'œuvre et la société Ibis Construction, à lui verser une somme d'environ 81 000 euros, en réparation des préjudices subis du fait des retards. La CAA de Toulouse, par un arrêt du 13 juin 2023, a mis hors de cause le maître d'œuvre et, pour le reste, confirmé le dispositif du jugement du TA. Elle a, notamment, rejeté l'appel de la commune de Gignac, par l'article 3 de son arrêt. Seule la commune de Gignac vous a saisi d'un pourvoi en cassation, pourvoi qui, eu égard aux moyens qu'elle soulève, doit être regardé comme dirigé contre cet article 3 de l'arrêt rejetant son appel.

Par son pourvoi, la commune critique les motifs par lesquels la cour a retenu sa responsabilité dans les préjudices subis par la société Entreprise Malet du fait de l'allongement du chantier.

Pour ce faire, la cour a raisonné dans le cadre de vos jurisprudences *Région Haute-Normandie* et *Société Tonin* (CE, 5 juin 2013, *Région Haute-Normandie*, n°352917, T. p. 695 ; CE, 12 novembre 2015, *Société Tonin*, n°384716, T. p. 749) lesquelles, vous le savez, ouvrent au titulaire d'un marché à forfait à la possibilité d'être indemnisé des difficultés rencontrées dans l'exécution du marché notamment dans le cas où ces difficultés sont imputables à une faute de la personne publique « *commise notamment dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction du marché, dans l'estimation de ses besoins, dans la conception même du marché ou dans sa mise en œuvre, en particulier dans le cas où plusieurs cocontractants participent à la réalisation de travaux publics* ». Et, dans ce cadre, la cour a estimé que la commune avait commis deux fautes en attribuant le lot « gros œuvre » à la société Ibis Construction. La première faute tient, selon la cour, à l'erreur d'appréciation que la commune a commise en retenant une entreprise qui ne présentait pas les capacités professionnelles, techniques et financières nécessaires. La seconde faute de la commune, quant à elle, résulte, selon la cour, de ce que l'offre de la société Ibis construction était classée en 6^{ème} position sur 7 et n'a pu être retenue que parce que la commune a finalement passé le marché de manière négociée, après avoir irrégulièrement estimé les autres offres inacceptables. Et la cour a considéré que ces deux fautes étaient de nature à engager sa responsabilité.

Or nous pensons que la cour, en jugeant de la sorte, a commis deux erreurs de droit.

En ce qui concerne la première faute, tout d'abord, la cour, comme nous vous l'avons dit, a jugé que la commune de Gignac avait commis une erreur d'appréciation sur les capacités de la société Ibis Construction à conduire les travaux. Mais le contrôle des juges du fond sur l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur quant aux garanties, capacités et références professionnelles des candidats est restreint à l'erreur manifeste d'appréciation (voyez notamment sur ce point votre décision *Société Tonin* précitée). La cour s'est donc méprise sur le degré de contrôle qu'elle devait opérer et a, ce faisant, commis une erreur de droit. Ajoutons qu'il est possible que cette erreur quant à la nature de son contrôle ait eu des conséquences sur l'appréciation faite par la cour quant à l'existence d'une faute de la commune. Il nous semble en effet que les éléments retenus par l'arrêt attaqué pour caractériser l'erreur de la commune sont, somme toute, assez légers. Il appartiendra donc à la cour, lorsque vous lui aurez renvoyé l'affaire, de réexaminer les éléments du dossier à l'aune de son contrôle restreint et, si elle entend retenir une erreur manifeste d'appréciation commise par la commune, de faire état dans sa motivation des éléments de nature à l'établir.

Nous pensons par ailleurs que la cour a également commis une seconde erreur de droit : elle n'a pas recherché s'il existait un lien direct de causalité entre, d'une part, les fautes qu'elle a imputées à la commune de Gignac et, d'autre part, les préjudices invoqués par la société Spie Batignolles Malet, tenant aux conséquences financières pour elle du retard pris par le chantier. Une telle omission relève bien de l'erreur de droit (CE, 26 mars 2003, *M. S...*, n° 244533, au Recueil), indépendamment du fait que vous exercez par ailleurs un contrôle de qualification juridique des faits sur le caractère direct de ce lien de causalité (CE, 26 novembre 1993, *SCI Les jardins de Bibémus*, n° 108851, au Recueil). Et on ne peut radicalement exclure que cette

erreur de droit ait pu avoir une incidence sur la solution donnée par la cour au litige. A cet égard, il nous semble assez évident que la première faute de la commune, à la supposer établie, présente un lien direct avec les préjudices : l'absence de capacités professionnelles, techniques et financières de la société Ibis Construction pourrait être regardée comme la cause déterminante du retard pris par cette dernière sur le chantier. Mais, en revanche, il est nettement moins évident de considérer qu'il existe un lien de causalité entre les préjudices de la Spie Batignolles Malet et la seconde faute de la commune, tenant à ce qu'elle a estimé irrégulièrement inacceptables les offres autres que celle de la société Ibis Construction et a recouru irrégulièrement à la procédure négociée. Il ne résulte en effet pas nécessairement de l'irrégularité d'une procédure de passation que le candidat irrégulièrement choisi n'arrivera pas à conduire les travaux et que son retard sera cause de préjudices pour les autres constructeurs. Il nous semble donc opportun que la cour puisse, lorsque vous lui aurez renvoyé l'affaire, examiner plus avant cette question.

Si vous nous suivez, vous retiendrez donc les deux erreurs de droit que nous vous avons exposées et vous annulerez pour ce motif l'article 3 de l'arrêt attaqué, avant de renvoyer, dans cette mesure, l'affaire à la CAA de Toulouse. Vous n'aurez, dès lors, pas besoin de vous prononcer sur les deux autres moyens du pourvoi. Au demeurant, l'un nous semble infondé et l'autre nouveau en cassation.

Vous pourrez également mettre à la charge de la société Spie Batignolles Malet la somme de 3000 euros à verser à la commune de Gignac au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. En revanche, sont irrecevables les conclusions présentées par la commune, au titre du même article, contre diverses sociétés qui ne sont qu'observatrices et non pas défenderesses. Et, de même, les conclusions présentées, sur le même fondement, par deux sociétés observatrices sont irrecevables dès lors que ces sociétés n'ont pas la qualité de parties dans la présente instance. Vous rejetterez donc toutes ces conclusions comme irrecevables.

Tel est le sens de nos conclusions.