

Fiche n° 8
LE RÉGIME DES CONTRATS PUBLICS II :
EXÉCUTION ET RESPONSABILITÉ

BIBLIOGRAPHIE

- CLOUZOT (L.), « La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude », *RFDA* 2010, p. 937.
- DEVILLERS (P.), « L'exécution des marchés dans la nouvelle ordonnance : la sous-traitance mieux encadrée », *Contrats-Marchés publ.*, 2015, art. 10
- DUFAU (J.), « Le pouvoir de modification unilatérale de l'administration et les contrats de concession de service public », *AJDA* 1955, p. 65.
- FATÔME (E.), « Les avenants », *AJDA* 1998, p. 760.
- LAUBADÈRE (A. de), « Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs », *RDP* 1954 p. 56.
- L'HUILLIER (J.) « Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration ? », *D.* 1953, p. 87.
- LLORENS (F.), « Le droit des contrats administratifs est-il un droit essentiellement jurisprudentiel ? », *Mélanges offerts à Maurice CLUSEAU*, Presses IEP Toulouse, 1985, p. 383.
- RAKOTONDRAHASO (F.), « L'indemnisation dans la résiliation des contrats administratifs », *Contrats et Marchés publics* 2014, étude 1.
- SYMCHOWICZ (N.), « L'intervention du juge du contrat dans l'exécution des contrats administratifs », *AJDA* 2015, p. 320.

RÉFÉRENCES ET DOCUMENTS

- Référence 1 :** CJUE, 7 septembre 2016, Finn Frogne A/S, C-549/14.
- Référence 2 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 7ème et 2ème ch., 19 juillet 2017, Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent.
- Référence 3 :** CE, 7ème et 2ème ch., 19 juillet 2017, Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, n° 392707
- Référence 4 :** Conclusions du rapporteur public sur CE, 7^e et 2^e SSR, 7 décembre 2015, Syndicat intercommunal Bihorel Bois-Guillaume.
- Référence 5 :** CE, 7^e et 2^e SSR, 7 décembre 2015, Syndicat intercommunal Bihorel Bois-Guillaume, n° 380419.

DÉCISIONS DU CORPUS

- CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*
- CE, 21 octobre 1970, *Lavigne*
- CE, 14 novembre 1902, *Olmer et Hesbert c. l'État*, Lebon p. 664
- CE, 20 janvier 1905, *Compagnie départementale des eaux*
- CE, 6 décembre 1907, *Chemins de fer de l'Est, du Midi, du Nord, d'Orléans, de l'Ouest et de Paris-Lyon-Méditerranée*
- CE, 29 janvier 1909, *Compagnie des messageries maritimes*, Rec. p. 111, concl. R. Tardieu
- CE, 11 mars 1910, *Ministre des travaux publics c. Compagnie générale française de tramways*
- CE, 30 mars 1916, *Compagnie du gaz de Bordeaux*
- CE, 8 février 1918, *Société d'Eclairage de Poissy*
- CE, 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*
- CE, 17 novembre 1967, *Société des ateliers de construction Nicou et Cie*
- CE, Sect., 17 octobre 1975, *Commune de Canari*
- CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*
- CE, Ass., 2 février 1987, 2 esp., *Sociétés Tv6, Scorpio Music, Arena, Pathé-Marconi-Emi, Sté France 5*
- CE, avis, 8 juin 2000
- CE, 14 juin 2000, *Commune de Staffenfelden*
- CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPMG*

EXERCICES SUGGÉRÉS

Épreuve théorique : dissertation

- Le temps et le contrat administratif

Épreuve pratique : commentaire

- CE, 7^e et 2^e SSR, , 7 décembre 2015, Syndicat intercommunal Bihorel Bois-Guillaume, req. n° 380419.

Référence 1 : CJUE 7 septembre 2016, Finn Frogne A/S, C-549/14

« Renvoi préjudiciel – Marchés publics – Directive 2004/18/CE – Article 2 – Principe d'égalité de traitement – Obligation de transparence – Marché relatif à la livraison d'un système de communications complexe – Difficultés d'exécution – Désaccord des parties quant aux responsabilités – Transaction – Réduction de l'ampleur du contrat – Transformation d'une location de matériel en une vente – Modification substantielle d'un marché – Justification par l'opportunité objective de trouver une solution amiable »

Dans l'affaire C-549/14, ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE introduite par la Højesteret (Cour suprême, Danemark), par décision du 27 novembre 2014, parvenue à la Cour le 2 décembre 2014, dans la procédure

Finn Frogne A/S
contre
Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation,

vu la procédure écrite,

considérant les observations présentées :

- pour Finn Frogne A/S, par M^{es} K. Dyekjær, C. Bonde, P. Gjørtler, H. B. Andersen et S. Stenderup Jensen, advokater, ainsi que par M. J. Grayston, solicitor,
 - pour le gouvernement danois, par M. C. Thorning, en qualité d'agent, assisté de M^e P. Hedegaard Madsen, advokat,
 - pour le gouvernement italien, par M^{me} G. Palmieri, en qualité d'agent, assistée de M. P. Grasso, avvocato dello Stato,
 - pour le gouvernement autrichien, par M. M. Fruhmann, en qualité d'agent,
 - pour la Commission européenne, par M^{me} L. Grønfeldt et M. A. Tokár, en qualité d'agents,
- vu la décision prise, l'avocat général entendu, de juger l'affaire sans conclusions,
rend le présent

Arrêt

1 La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 2 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO 2004, L 134, p. 114, et rectificatif JO 2004, L 351, p. 44).

2 Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Finn Frogne A/S (ci-après « Frogne ») au Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation (centre de communication d'urgence de la police nationale, Danemark) (ci-après le « CFB ») au sujet de la régularité d'un accord transactionnel conclu par le CFB, en qualité de pouvoir adjudicateur, et Terma A/S, adjudicataire d'un marché public, dans le cadre de l'exécution de ce marché.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

3 Aux termes du considérant 2 de la directive 2004/18 :

« La passation de marchés conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public doit respecter les principes du traité, notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de

traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. Toutefois, en ce qui concerne les marchés publics dépassant un certain montant, il est recommandé d'élaborer des dispositions en matière de coordination communautaire des procédures nationales de passation de ces marchés qui soient fondées sur ces principes de manière à garantir leurs effets ainsi qu'une mise en concurrence effective des marchés publics. Par conséquent, ces dispositions de coordination devraient être interprétées conformément aux règles et principes précités ainsi qu'aux autres règles du traité. »

4 L'article 2 de cette directive, intitulé « Principes de passation des marchés », dispose :

« Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence. »

5 L'article 28 de ladite directive prévoit :

« Pour passer leurs marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs appliquent les procédures nationales, adaptées aux fins de la présente directive.

Ils passent ces marchés publics en recourant à la procédure ouverte ou à la procédure restreinte. [...] Dans les cas et circonstances spécifiques expressément prévus aux articles 30 et 31, ils peuvent recourir à une procédure négociée, avec ou sans publication d'un avis de marché. »

6 L'article 31 de la même directive est libellé comme suit :

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics en recourant à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché dans les cas suivants :

1) dans le cas des marchés publics de travaux, de fournitures et de services :

[...]

c) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question, n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées avec publication d'un avis de marché visées à l'article 30. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs ; [...]

4) dans le cas des marchés publics de travaux et marchés publics de services :

a) pour les travaux ou services complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement envisagé ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute cet ouvrage ou ce service :

– lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs,

ou

– lorsque ces travaux ou services, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.

Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché initial ;

[...] »

7 La directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de

fournitures et de travaux (JO 1989, L 395, p. 33), telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 décembre 2007 (JO 2007, L 335, p. 31) (ci-après la « directive 89/665 »), comporte un article 2 quinquies, intitulé « Absence d'effets ». Aux termes de cet article :

« 1. Les États membres veillent à ce qu'un marché soit déclaré dépourvu d'effets par une instance de recours indépendante du pouvoir adjudicateur ou à ce que l'absence d'effets dudit marché résulte d'une décision d'une telle instance dans chacun des cas suivants :

a) si le pouvoir adjudicateur a passé un marché sans avoir préalablement publié un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne*, sans que cela soit autorisé en vertu des dispositions de la directive 2004/18/CE ;

[...]

4. Les États membres prévoient que le paragraphe 1, point a), du présent article ne s'applique pas si :

– le pouvoir adjudicateur estime que la passation du marché sans publication préalable d'un avis de marché au *Journal officiel de l'Union européenne* est autorisée en vertu des dispositions de la directive 2004/18/CE,

– le pouvoir adjudicateur a publié au *Journal officiel de l'Union européenne* un avis exprimant son intention de conclure le marché, tel que décrit à l'article 3 bis de la présente directive, et

– le marché n'a pas été conclu avant l'expiration d'un délai d'au moins dix jours calendaires à compter du lendemain du jour de publication de cet avis.

[...] »

Le litige au principal et la question préjudicielle

8 Au cours de l'année 2007, l'État danois a lancé une procédure de passation de marché public, sous la forme d'un dialogue compétitif, pour la fourniture d'un système global de communications commun à l'ensemble des services d'intervention d'urgence et l'entretien de ce système durant plusieurs années. Le CFB est devenu ultérieurement l'autorité publique compétente pour ce marché.

9 Ledit marché a été attribué à Terma. Le contrat conclu avec celle-ci le 4 février 2008 portait sur un montant total de 527 millions de couronnes danoises (DKK) (environ 70 629 800 euros), dont 299 854 699 DKK (environ 40 187 000 euros) correspondaient à une solution minimale qui était décrite dans le dossier d'appel d'offres, le surplus portant sur des options et des prestations qui ne feraient pas nécessairement l'objet d'une demande d'exécution.

10 Dans le cours de l'exécution dudit contrat, des difficultés apparurent quant au respect des délais de livraison, le CFB et Terma se rejetant mutuellement la responsabilité quant à l'impossibilité d'exécuter le marché tel qu'il avait été prévu.

11 À la suite de négociations, les parties sont convenues d'un règlement transactionnel aux termes duquel le marché serait réduit à la fourniture d'un système de communications par radio pour les corps de police régionaux, d'une valeur approximative de 35 000 000 DKK (environ 4 690 000 euros), tandis que le CFB acquerrait deux fermes de serveurs centrales, d'une valeur approximative de 50 000 000 DKK (environ 6 700 000 euros), que Terma avait elle-même acquises dans le but de les louer au CFB en exécution du marché initial. Dans le cadre de ce règlement, chaque partie envisageait de renoncer à tout droit résultant du marché initial autre que ceux résultant de la transaction.

12 Avant de finaliser cette transaction, le CFB a publié le 19 octobre 2010, au *Journal officiel de l'Union européenne*, un avis en cas de transparence ex ante volontaire concernant l'accord

transactionnel qu'elle envisageait de conclure avec Terma, conformément à l'article 2 quinquies, paragraphe 4, de la directive 89/665.

13 Frogne, qui n'avait pas demandé à être présélectionnée pour participer à la procédure d'appel d'offres concernant le marché initial, a introduit un recours devant le *Klagenævnet for Udbud* (commission des recours en matière de marchés publics, Danemark) (ci-après la « commission des recours »). Avant de statuer au fond, celle-ci a refusé de conférer à ce recours un effet suspensif, par décision du 10 décembre 2010.

14 Ladite transaction a été conclue le 17 décembre 2010.

15 Le recours de Frogne devant la commission des recours a été rejeté par une décision du 3 novembre 2011.

16 L'action judiciaire introduite par Frogne à la suite de cette décision a également été rejetée par une décision de l'Østre Landsret (cour d'appel de la région Est, Danemark) du 20 décembre 2013.

17 Dans un premier temps, cette juridiction a jugé que la modification du marché initial telle qu'opérée par la transaction conclue entre le CFB et Terma a constitué une modification substantielle de ce marché, au sens de la jurisprudence de la Cour.

18 Dans un second temps, ladite juridiction a cependant considéré, d'une part, que cette transaction n'avait pas été le résultat de la volonté de Terma et du CFB de renégocier les termes essentiels du marché initial dans le but d'optimiser leur collaboration ultérieure dans des conditions sensiblement modifiées, mais avait constitué un règlement alternatif du litige survenu entre les parties se substituant à la résiliation de ce marché dans des circonstances où l'aboutissement de celui-ci était apparu impossible, règlement dans le cadre duquel chaque partie a accepté des renonciations importantes dans la perspective d'aboutir à une solution acceptable, d'une ampleur nettement réduite par rapport audit marché, tout en permettant d'éviter à chacune des risques de pertes vraisemblablement disproportionnées. D'autre part, rien ne permettrait de supposer que l'intention du CFB ou de Terma avait été de contourner les règles de passation des marchés publics.

19 Dans de telles conditions, l'Østre Landsret (cour d'appel de la région Est) a considéré que les principes d'égalité de traitement et de transparence ne s'opposent pas à la conclusion de cette transaction pour autant qu'il existe un lien étroit entre le marché initial et les prestations prévues dans le cadre de celle-ci. Or, il en aurait été ainsi en ce qui concerne la fourniture d'un système de radiocommunications pour les corps de police régionaux, mais non pour la vente des deux fermes de serveurs centrales. En considération de ce dernier élément, cette juridiction a jugé que la décision du CFB de recourir à l'accord transactionnel en cause au principal et la conclusion de cet accord étaient contraires au principe d'égalité de traitement et à l'obligation de transparence. Le fait que la conclusion dudit accord ait permis au pouvoir adjudicateur de parer aux risques liés à une situation conflictuelle a été jugé sans incidence sur la licéité de cette conclusion.

20 Toutefois, l'Østre Landsret (cour d'appel de la région Est) a jugé que l'opinion du CFB selon laquelle la conclusion de l'accord transactionnel avec Terma était autorisée sans publication préalable d'un avis de marché conforme aux règles de l'Union n'était pas manifestement erronée. Prenant en considération l'avis en cas de transparence ex ante volontaire que le pouvoir adjudicateur avait publié au *Journal officiel de l'Union européenne* concernant la transaction dont la conclusion était

envisagée, en application de l'article 2 quinquies, paragraphe 4, de la directive 89/665, et le fait que, avant de conclure celle-ci, il avait attendu non seulement l'expiration du délai de dix jours prévu à cette disposition, mais également que la commission des recours ait statué sur l'éventuel effet suspensif du recours introduit par Frogne devant cette dernière, ladite juridiction a estimé que cet accord ne pouvait pas être déclaré sans effet, de sorte qu'il n'y avait pas lieu de faire droit au recours dont elle avait été saisie.

21 Devant la Højesteret (Cour suprême, Danemark), saisie par Frogne, cette dernière soutient que la question de savoir si un marché public envisagé dans le cadre d'une transaction relative à un marché public initial doit faire l'objet d'une procédure de passation dépend uniquement du caractère substantiel ou non de la modification ainsi apportée au marché initial. En l'occurrence, la modification serait substantielle, qu'il s'agisse de l'objet du marché tel que modifié ou de la valeur significativement réduite de celui-ci, le marché modifié ayant été susceptible d'intéresser de plus petites entreprises. Par ailleurs, des considérations de nature économique, pas plus que la protection de la situation de l'adjudicataire, ne pourraient être invoquées pour justifier une violation du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence.

22 Le CFB envisage les deux aspects de la transaction. En ce qui concerne, d'une part, la limitation du contrat à la fourniture d'un système de communications par radio pour les seuls corps de police régionaux, il souligne l'importance que revêtirait le fait que la modification a consisté dans une réduction considérable des prestations, situation qui ne serait pas régie par le droit de l'Union. S'agissant, d'autre part, de l'acquisition des fermes de serveurs centrales, dont seule la location était prévue dans le cadre du marché initial, il considère, en substance, que la disposition de ces matériels en propriété, plutôt qu'en location, ne constitue pas une modification substantielle de ce marché.

23 Plus généralement, le CFB estime que, lorsque l'exécution d'un marché donne lieu à des difficultés, ce qui ne serait pas inhabituel dans certains types de marchés, tels que ceux relatifs au développement de systèmes informatiques, le pouvoir adjudicateur doit se voir reconnaître une large marge d'appréciation, afin de lui permettre de dégager une solution raisonnable en cas de difficultés d'exécution. À défaut, il serait placé dans l'obligation soit de renoncer à des adaptations raisonnables, soit de rompre le contrat, avec les risques et pertes que cela comporte. Interpréter la directive 2004/18 en ce sens qu'elle impose de recourir à une nouvelle procédure de passation de marché public en pareille hypothèse reviendrait, en pratique, à empêcher la conclusion d'une transaction, ce qui constituerait une ingérence dans le droit des obligations non autorisée par les traités.

24 La Højesteret (Cour suprême) s'interroge sur la portée de l'article 2 de la directive 2004/18, en particulier sur le point de savoir si le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence impliquent qu'un pouvoir adjudicateur ne puisse pas envisager de conclure une transaction pour résoudre les difficultés suscitées par l'exécution d'un marché public sans que naisse automatiquement l'obligation d'organiser un nouvel appel d'offres portant sur les termes de cet accord.

25 Selon cette juridiction, l'élément nouveau par rapport aux situations précédemment examinées par la Cour résiderait dans lesdites difficultés d'exécution, dont l'imputabilité à l'une ou à l'autre des parties est discutée, et, en définitive, la question pertinente serait de savoir si la possibilité existe de recourir à une

transaction pour y mettre fin sans devoir organiser un nouvel appel d'offres.

26 Dans ce contexte, la Højesteret (Cour suprême) a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour la question préjudicielle suivante :

« L'article 2 de la directive 2004/18, lu en combinaison avec les arrêts de la Cour du 19 juin 2008, pressetext Nachrichtenagentur (C-454/06, EU:C:2008:351), et du 13 avril 2010, Wall (C-91/08, EU:C:2010:182), doit-il être interprété en ce sens qu'un accord transactionnel qui comporte des limitations et des modifications des prestations initialement convenues par les parties dans le cadre d'un marché ayant déjà fait l'objet d'un appel d'offres ainsi qu'une renonciation réciproque à l'exercice de moyens d'action sanctionnant l'inexécution, de façon à éviter un litige ultérieur, constitue un marché qui doit lui-même faire l'objet d'un appel d'offres dans l'hypothèse où l'exécution du marché initial se heurte à des difficultés ? »

Sur la question préjudicielle

27 Par sa question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 2 de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens que, après l'attribution d'un marché public, une modification substantielle ne peut pas être apportée à celui-ci sans l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché même lorsque cette modification constitue, objectivement, un mode de règlement transactionnel, emportant des renonciations réciproques de la part des deux parties, en vue de mettre un terme à un litige, dont l'issue est incertaine, né des difficultés auxquelles se heurte l'exécution de ce marché.

28 Il résulte de la jurisprudence de la Cour que le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence qui en découle font obstacle à ce que, après l'attribution d'un marché public, le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire apportent aux dispositions de ce marché des modifications telles que ces dispositions présenteraient des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial. Tel est le cas si les modifications envisagées ont pour effet soit d'étendre le marché, dans une mesure importante, à des éléments non prévus, soit de changer l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire, ou encore si ces modifications sont de nature à remettre en cause l'attribution du marché, en ce sens que, dans l'hypothèse où lesdites modifications auraient été intégrées dans les documents ayant régi la procédure de passation du marché initial, soit une autre offre aurait été retenue, soit d'autres soumissionnaires auraient pu être admis (voir en ce sens, notamment, arrêt du 19 juin 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, points 34 à 37).

29 Quant à ce dernier cas, il convient de relever qu'une modification des éléments d'un marché consistant dans une réduction en importance de l'objet de celui-ci peut avoir pour conséquence de le mettre à la portée d'un plus grand nombre d'opérateurs économiques. En effet, pour autant que l'importance initiale de ce marché ait été telle que seules certaines entreprises étaient en mesure de présenter leur candidature ou de remettre une offre, une réduction de l'importance dudit marché est de nature à rendre celui-ci également intéressant pour des opérateurs économiques de moindre taille. Par ailleurs, les niveaux minimaux de capacités exigés pour un marché déterminé devant, aux termes de l'article 44, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2004/18, être liés et proportionnés à l'objet du marché, une réduction de l'objet de celui-ci est de nature à entraîner une réduction proportionnelle des exigences de capacités requises des candidats ou des soumissionnaires.

30 En principe, une modification substantielle d'un marché public après l'attribution de celui-ci ne peut pas être opérée de gré à gré

par le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, mais doit donner lieu à une nouvelle procédure de passation portant sur le marché ainsi modifié (voir, par analogie, arrêt du 13 avril 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, point 42). Il n'en irait autrement que si cette modification avait été prévue par les clauses du marché initial (voir, en ce sens, arrêt du 19 juin 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, points 37, 40, 60, 68 et 69).

31 Il résulte toutefois de la décision de renvoi que, selon l'analyse de l'Østre Landsret (cour d'appel de la région Est), à laquelle se réfère la Højesteret (Cour suprême), la particularité de la situation en cause au principal réside dans le fait que la modification du marché, qualifiée de substantielle, aurait résulté non pas de la volonté des parties de renégocier les termes essentiels du contrat qui les liait initialement, au sens de la jurisprudence de la Cour susmentionnée, mais de difficultés objectives, et aux conséquences imprévisibles, rencontrées dans le cadre de l'exécution de ce contrat, difficultés dont certains intéressés ayant présenté des observations devant la Cour soulignent le caractère également imprévisible lorsqu'il s'agit de marchés complexes, tels que des marchés impliquant le développement de systèmes informatiques, comme en l'occurrence.

32 Toutefois, il convient de constater que ni le fait qu'une modification substantielle des termes d'un marché public soit motivée non pas par la volonté délibérée du pouvoir adjudicateur et de l'adjudicataire de renégocier les termes de ce marché, mais par leur volonté de trouver un règlement transactionnel à des difficultés objectives rencontrées dans le cadre de l'exécution dudit marché, ni le caractère objectivement aléatoire de certaines réalisations ne sauraient justifier que cette modification soit décidée sans respecter le principe d'égalité de traitement qui doit bénéficier à tous les opérateurs potentiellement intéressés par un marché public.

33 S'agissant, premièrement, des raisons qui peuvent conduire le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire d'un marché à envisager une modification substantielle de celui-ci impliquant l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation, il convient de relever, d'une part, que la référence à la volonté délibérée des parties de renégocier les termes de ce marché n'est pas un élément déterminant. Certes, une telle intention est visée au point 44 de l'arrêt du 5 octobre 2000, Commission/France (C-337/98, EU:C:2000:543), premier arrêt dans lequel la Cour a examiné cette problématique. Toutefois, ainsi qu'il ressort des points 42 à 44 de cet arrêt, cette formulation présentait un intérêt de circonstance dans le cadre factuel spécifique de l'affaire ayant donné lieu audit arrêt. Au contraire, la qualification de modification substantielle doit s'analyser d'un point de vue objectif, en fonction des critères rappelés au point 28 du présent arrêt.

34 D'autre part, il résulte du point 40 de l'arrêt du 14 novembre 2013, Belgacom (C-221/12, EU:C:2013:736), qu'il ne saurait être fait abstraction des principes d'égalité de traitement et de non-discrimination ainsi que de l'obligation de transparence qu'ils impliquent, qui découlent du traité FUE, lorsqu'il est envisagé de modifier de façon substantielle un contrat de concession de services ou d'octroi de droit exclusif dans le but d'apporter une solution raisonnable propre à mettre fin à un litige survenu entre des entités publiques et un opérateur économique, pour des raisons totalement indépendantes de leur volonté, quant à la portée de la convention qui les lie. Dès lors que ces principes et cette obligation constituent le fondement de l'article 2 de la directive 2004/18, ainsi qu'il apparaît à la lecture du considérant 2 de celle-ci, cet enseignement vaut également dans le cadre de l'application de cette directive.

35 S'agissant, deuxièmement, du caractère objectivement aléatoire de certaines réalisations pouvant faire l'objet d'un marché public, il convient, certes, de rappeler que, conformément à l'article 31 de la directive 2004/18, les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer un marché de gré à gré, c'est-à-dire en négociant les termes du contrat avec un opérateur économique choisi sans publication préalable d'un avis de marché, dans divers cas, dont plusieurs sont caractérisés par l'imprévisibilité de certaines circonstances. Toutefois, ainsi qu'il résulte des termes de la dernière phrase de l'article 28, second alinéa, de cette directive, seuls les cas et circonstances spécifiques expressément prévus audit article 31 peuvent donner lieu à l'application de celui-ci, de sorte que l'énumération des exceptions concernées doit être considérée comme limitative. Or, il n'apparaît pas que la situation en cause au principal corresponde à l'une de ces situations.

36 Par ailleurs, le fait même que, en raison de leur objet, certains marchés publics peuvent être d'emblée considérés comme présentant un caractère aléatoire rend prévisible le risque de survenance de difficultés au stade de l'exécution. Partant, pour un tel marché, il incombe au pouvoir adjudicateur non seulement de recourir aux procédures de passation les mieux adaptées, mais encore de définir l'objet de ce marché avec précaution. En outre, ainsi qu'il résulte du point 30 du présent arrêt, le pouvoir adjudicateur peut se ménager la possibilité d'apporter certaines modifications, même substantielles, au marché, après l'attribution de celui-ci, pour autant qu'il l'ait prévu dans les documents qui ont régi la procédure d'attribution.

37 En effet, bien que le respect du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence doive être assuré même en ce qui concerne les marchés publics particuliers, cela n'empêche pas de prendre en considération les spécificités de ceux-ci. La conciliation de cet impératif juridique et de cette nécessité concrète passe, d'une part, par le strict respect des conditions d'un marché telles qu'elles ont été fixées dans les documents de celui-ci jusqu'au terme de la phase d'exécution de ce marché, mais également, d'autre part, par la possibilité de prévoir expressément, dans ces documents, la faculté pour le pouvoir adjudicateur d'adapter certaines conditions, même importantes, dudit marché après l'attribution de celui-ci. En prévoyant explicitement cette faculté et en fixant les modalités d'application de celle-ci dans lesdits documents, le pouvoir adjudicateur garantit que tous les opérateurs économiques intéressés à participer audit marché en aient connaissance dès le départ et soient ainsi sur un pied d'égalité au moment de formuler leur offre (voir, par analogie, arrêt du 29 avril 2004, Commission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, points 112, 115, 117 et 118).

38 En revanche, à défaut de telles prévisions dans les documents du marché, la nécessité d'appliquer, pour un marché public donné, les mêmes conditions à l'ensemble des opérateurs économiques requiert, en cas de modification substantielle de celui-ci, d'ouvrir une nouvelle procédure de passation (voir, par analogie, arrêt du 29 avril 2004, Commission/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, point 127).

39 Il y a lieu, enfin, de préciser que l'ensemble de ces développements sont sans préjudice des conséquences potentielles de l'avis en cas de transparence ex ante volontaire qui a été publié dans le cadre du marché en cause au principal.

40 Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la question posée que l'article 2 de la directive 2004/18 doit être interprété en ce sens que, après l'attribution d'un marché public, une modification substantielle ne peut pas

être apportée à celui-ci sans l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché même lorsque cette modification constitue, objectivement, un mode de règlement transactionnel, emportant des renonciations réciproques de la part des deux parties, en vue de mettre un terme à un litige, dont l'issue est incertaine, né des difficultés auxquelles se heurte l'exécution de ce marché. Il n'en serait autrement que si les documents dudit marché prévoyaient la faculté d'adapter certaines conditions, même importantes, de celui-ci après son attribution et fixaient les modalités d'application de cette faculté.

Par ces motifs, la Cour (huitième chambre) dit pour droit :

L'article 2 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, doit être interprété en ce sens que, après l'attribution d'un marché public, une modification substantielle ne peut pas être apportée à celui-ci sans l'ouverture d'une nouvelle procédure de passation de marché même lorsque cette modification constitue, objectivement, un mode de règlement transactionnel, emportant des renonciations réciproques de la part des deux parties, en vue de mettre un terme à un litige, dont l'issue est incertaine, né des difficultés auxquelles se heurte l'exécution de ce marché. Il n'en serait autrement que si les documents dudit marché prévoyaient la faculté d'adapter certaines conditions, même importantes, de celui-ci après son attribution et fixaient les modalités d'application de cette faculté.

Référence 2 : Conclusions du rapporteur public sur CE, 7ème et 2ème ch., 19 juillet 2017, Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent.

Vous avez, par votre décision du 29 décembre 2008, OPHLM de Puteaux (n° 296930, au rec), reconnu au juge administratif le pouvoir de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard prévues par le contrat si « elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché ». Vous avez fondé ce pouvoir sur les principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, devenu aujourd'hui 1231-5 du même code, sans en reprendre exactement la rédaction. Ainsi, vous avez exclu la possibilité d'une modulation d'office, prévue par le code civil et vous avez précisé que le caractère manifestement disproportionné du montant des pénalités s'apprécie « eu égard au montant du marché ». Si votre jurisprudence comporte un certain nombre d'illustrations de cette condition de mise en oeuvre de cette faculté, très utilisée par les juges du fond, vous n'avez encore jamais eu l'occasion de fixer les limites qui s'imposent au juge dans l'exercice de son pouvoir de modulation. La présente affaire vous permettra de le faire en ce qui concerne la modulation à la baisse d'un montant manifestement excessif.

Le Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent (CHIPEA) a confié à la société GBR Ile de France, pour un prix de 840 000 euros HT, la réalisation du lot n° 1 – démolitions, gros oeuvre, raccords d'étanchéité – des travaux d'aménagement d'un centre médico-psychologique et d'un centre d'accueil thérapeutique à temps partiel. Le contrat ayant été exécuté avec trois ans de retard, le maître de l'ouvrage a notifié à son cocontractant un projet de décompte général comportant des pénalités de retard d'environ 990 000 euros, supérieures donc au prix du marché, qui a donné lieu à une réclamation de l'entreprise qui conteste être à l'origine des retards. Le litige a été porté

devant le TA de Melun qui a estimé que le retard dans le commencement du chantier n'était imputable à l'entrepreneur qu'à compter du 27 novembre 2008 (et non du 10 octobre 2007, date de la fin du délai de préparation du chantier retenue par le CHIPEA) mais qu'il était responsable de la totalité du retard d'exécution. Saisie par les deux parties, la CAA de Paris a confirmé les périodes de retard imputables à l'entreprise et, après avoir corrigé une erreur de date, constaté que le montant des pénalités de retard s'élevait à 513 657 euros, soit 61,15 % du montant du marché. Estimant ce montant manifestement excessif, elle l'a ramené à 210 000 euros. Le CHIPEA, à titre principal, et la société GBR, à titre incident, se pourvoient en cassation contre cet arrêt.

Il nous faudra, avant d'aborder la question des limites au pouvoir de modulation mis en oeuvre par la cour, examiner les moyens que les parties soulèvent à l'encontre des motifs, en partie adoptés du jugement, par lesquels la cour a estimé que le titulaire du marché n'était responsable des retards d'exécution qu'à compter du 27 novembre 2008, soit un an après la date fixée pour le commencement des travaux. Il s'agit de critiques de dénaturation et d'insuffisance de motivation que nous exposerons le plus rapidement possible.

Celles du CHIPEA tendent à remettre en cause l'appréciation souveraine portée par les juges du fond sur l'absence d'imputabilité à la société GBR de la première année de retard. L'origine de ce retard réside dans les erreurs commises par le bureau d'études techniques dans la conception des ouvrages tels qu'ils étaient décrits dans les documents de la consultation, qui rendaient irréalisable le projet en l'état. Les juges du fond ont considéré, par des motifs qui sont suffisamment développés et que nous simplifions beaucoup, que la société titulaire du marché n'avait pas commis de faute en ne détectant pas le problème lors de l'élaboration de son offre, puis en ne proposant pas une solution de rechange en phase de préparation du chantier. Nous ne voyons dans ces affirmations aucune déformation grossière des pièces du dossier : le caractère détectable des erreurs n'avait rien d'évident, ce que confirme le fait qu'aucun candidat ne l'a signalé, non plus que le groupement de maîtrise d'oeuvre et l'économiste de la construction, pourtant en charge de la rédaction des documents de la consultation ; il appartenait certes à l'entreprise titulaire de déterminer le dimensionnement définitif des ouvrages, mais il ne ressort pas non plus avec évidence des documents de la consultation qu'elle était tenue de se substituer aux concepteurs de l'ouvrage en présence d'erreurs importantes, qu'elle a signalées.

Les moyens soulevés à l'encontre des motifs adoptés par la cour par lesquels le tribunal a relevé qu'il ne résultait pas de l'instruction que la société GBR n'aurait pas réalisé les études d'exécution prévues par les stipulations contractuelles sont inopérants, ces motifs représentant une partie surabondante d'une réponse à l'argumentation de l'établissement qui soutenait que l'entreprise avait manifesté l'intention d'interrompre l'exécution du chantier, réponse principalement fondée sur d'autres constatations non contestées.

Le pourvoi incident de la société GBR discute également les appréciations souveraines des juges du fond sur sa responsabilité dans les retards à compter du mois de novembre 2008. Ils ont considéré qu'elle était à partir de cette date en mesure de commencer la réalisation des travaux. La société titulaire fait valoir qu'aucune solution technique n'avait été trouvée en juin 2008, date de l'ordre de service n° 4 et qu'elle ne pouvait exécuter les travaux en l'absence de maîtrise d'oeuvre, le cabinet d'architecte ayant été mis en liquidation judiciaire. Toutefois, les pièces du dossier contredisent la première affirmation et la seconde circonstance ne faisait pas obstacle au démarrage du

chantier : une solution technique avait été trouvée et validée avant la mise en liquidation du cabinet d'architecte, lequel faisait en tout état de cause partie d'un groupement de maîtrise d'œuvre qui continuait d'assurer les missions qui leur avaient été confiées. Aucune dénaturation n'entache donc des motifs par ailleurs tout à fait suffisants.

Les moyens dirigés contre le fait générateur des pénalités infligées à la société titulaire du marché étant écartés, nous pouvons aborder la question intéressante que présente à juger le pourvoi principal en soutenant que la cour a commis une erreur de droit dans l'exercice de son pouvoir de modulation du montant des pénalités de retard en ne s'assurant pas que ce montant était au moins égal au préjudice réellement subi par le maître d'ouvrage. L'argument était bien présenté à la Cour qui n'y a pas spécifiquement répondu. Ce silence ne sera critiquable que si vous estimez qu'elle devait tenir compte, dans l'exercice de son pouvoir de modulation, du préjudice que le retard a causé au maître d'ouvrage.

Cette question conduit à s'interroger sur la fonction des clauses pénales, dont relèvent les pénalités de retard (Cass. Com., 18 juin 2013, n° 12-18420). En droit civil, elle est clairement double : elle vise à la fois à réparer le préjudice subi du fait d'un défaut d'exécution et, par son caractère forfaitaire, à le prévenir. Cette dualité ressort de la définition qu'en donne le code civil au premier alinéa de l'article 1231-5 (ancien 1152) : « Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. » La rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016 est très légèrement différente de celle de l'article 1152, mais nous relevons qu'elle n'a pas modifié la cause de l'obligation ainsi stipulée, qui demeure des dommages-intérêts, autrement dit la réparation d'un préjudice.

La jurisprudence judiciaire a, au moins depuis 1978, très nettement placé le préjudice comme un élément déterminant de la modulation du montant des pénalités. Dans un arrêt du 24 juillet 1978 (n° 77-11170), la 1ère Chambre civile de la Cour de cassation juge ainsi « qu'il appartient aux juges du fond, souverains dans l'appréciation du préjudice subi par le créancier, de fixer librement le montant de l'indemnité résultant de l'application d'une clause pénale dès lors qu'ils l'estiment manifestement excessive, sans pouvoir toutefois allouer une somme inférieure au montant du dommage » (cette solution a été confirmée par la suite par la chambre commerciale (03 février 1982, n° 80-13061 ; 16 juillet 1991, n° 89-19080 ; 11 février 1997, n°95-10851 ; 16 février 2010, n° 09-13380 ; 18 juin 2013, n°12-18420), ainsi que par la 3ème chambre civile (29 septembre 2016, n° 14-24964)). Le juge peut ainsi réduire à un montant symbolique l'application de la clause pénale en l'absence totale de préjudice (Cass. Com., 11 février 1997, n° 95-10.851), voire en écarter l'application (Com, 8 avril 2015, n° 13-26734).

Bien que certains auteurs, et non des moindres (D. Mazeaud, *Qualification de la clause pénale : encore et toujours...*, Dalloz 2016, p. 1628), aient pu déplorer que cette dernière jurisprudence affaiblissait la fonction comminatoire de la clause pénale, celle-ci n'est pas pour autant absente de la jurisprudence judiciaire. La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser que le montant de la clause pénale n'était pas nécessairement égal à celui du préjudice et que, si le juge peut la réduire considérablement en l'absence de préjudice, il n'est pas non plus tenu de le faire de ce seul fait (3ème chambre civile, 12 janvier 1994, n°91-19540 au Bulletin). L'application de la clause pénale n'est d'ailleurs pas subordonnée à la preuve d'un préjudice (même arrêt).

La conséquence de la place importante voire prépondérante de la fonction réparatrice dans la conception civiliste de la clause pénale est, comme l'indique l'arrêt précité de 1978, que la modulation du montant de la pénalité ne peut avoir pour effet de le fixer à un montant inférieur au préjudice subi.

Qu'en est-il en droit administratif ? Si la fonction comminatoire ou dissuasive de la clause pénale tient certainement une place plus importante qu'en droit civil, elle n'exclut pas complètement sa fonction réparatrice.

Le poids de la fonction dissuasive de la clause pénale dans les contrats administratifs est à la mesure de l'importance de leur bonne exécution, qu'elle a pour finalité de garantir. En d'autres termes, c'est parce que l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un contrat administratif est également la cause d'un préjudice qui dépasse la personne du maître d'ouvrage pour affecter le fonctionnement du service public pour l'exécution duquel il est passé, que la clause pénale ne saurait se réduire à la réparation d'un préjudice patrimonial. La force de sa fonction préventive, que la possibilité d'une modulation est déjà de nature à affaiblir, le serait bien davantage si son application était trop étroitement liée au dommage subi.

C'est pourquoi vous avez exclu toute prise en compte du préjudice subi dans le déclenchement du pouvoir de modulation. Comme nous l'avons dit, vous avez précisé, ce que ne fait pas le code civil, que le caractère manifestement disproportionné du montant de la pénalité s'apprécie « eu égard au montant du marché » et non, par conséquent, du préjudice subi. L'une de vos décisions récentes en offre une illustration en refusant de moduler des pénalités de retard représentant 26 % du montant total du marché au motif qu'elles n'atteignaient pas un montant manifestement excessif et en ignorant l'argument selon lequel le maître d'ouvrage n'avait subi aucun préjudice réel du fait des retards survenus dans l'exécution des travaux (20 juin 2016, Sté Eurovia Haute-Normandie, n° 376235, aux T). L'absence de preuve d'un préjudice est ainsi sans incidence sur l'application de ces pénalités (10 février 1971, Sieur Bonnet, aux Tables p. 1104 ; 4 juin 1976, Sté toulousaine immobilière, n° 85342, au rec).

Le pouvoir de modulation qui vise à permettre au juge de pouvoir corriger, dans un souci d'équité, les effets manifestement excessifs de l'application mécanique de la clause pénale, n'a donc pas pour objet d'indexer son montant sur le préjudice réellement subi. Comme le soulignait B. Dacosta dans ses conclusions sur la décision OPHLM de Puteaux, « Il doit être clair que l'acclimatation du pouvoir de modulation des pénalités au droit des contrats administratifs ne saurait conduire le juge, dans le cas où les pénalités seraient excessives, à en fixer systématiquement le montant au niveau du préjudice réel, sauf à priver ces sanctions de tout effet dissuasif. » Elle ne doit conduire le juge qu'à réduire cet excès, dans un sens ou dans l'autre.

La fonction réparatrice de la pénalité de retard n'est pas pour autant absente de votre conception de cette stipulation. Vous avez jugé à plusieurs reprises que le maître d'ouvrage qui bénéficiait de pénalités de retard ne pouvait demander l'indemnisation des préjudices de toute nature causés par ces retards (14 avril 1995, Sté d'aménagement de la région de Rouen, req. n° 75330, C), ni se prévaloir d'un préjudice supérieur au montant de la pénalité pour obtenir une réparation complémentaire du préjudice résultant de la faute sanctionnée par la pénalité (28 mars 1945, Clauzier, Rec. p. 69 ; 15 mai 1987, Hôpital rural de Beril-sur-Roya, req. n° 41974, C), sauf à démontrer l'existence d'un préjudice résultant d'une faute distincte.

Dès lors que la mise en oeuvre de la clause pénale non seulement répare le préjudice causé par l'inexécution qui en est le fait générateur mais le fait de manière exclusive, la modulation du montant de la pénalité ne doit pas pouvoir conduire à le fixer à une somme inférieure au préjudice subi. En juger autrement conduirait à priver le maître d'ouvrage de la possibilité d'obtenir la réparation de son préjudice, alors que la responsabilité de son cocontractant est établie, et à permettre au juge, en modulant le montant des pénalités, d'appauvrir la personne publique. Elle risquerait de conduire nombre de personnes publiques à renoncer à insérer de telles clauses pénales, afin d'être assurées de pouvoir obtenir la réparation de leur préjudice, ce qui aboutirait indirectement à compromettre la fonction dissuasive de ces clauses.

Si vous partagez cet avis, vous jugerez que le juge qui envisage de moduler le montant de la pénalité ne peut donc le faire sans avoir pris la mesure du préjudice subi afin d'éviter de fixer un montant inférieur au préjudice réellement subi.

Ce plancher ne s'imposera au juge que lorsqu'il envisage d'exercer son pouvoir de modulation. Il ne saurait avoir pour effet de l'obliger à moduler à la hausse une pénalité qui, mal calibrée par le maître de l'ouvrage, ne lui permettrait pas d'obtenir l'indemnisation du préjudice subi du fait du retard dans l'exécution du marché. Le juge peut le faire mais, comme nous l'avons vu, le caractère manifestement dérisoire du montant des pénalités n'étant pas fonction du préjudice subi, non seulement il n'y est pas tenu, mais ce n'est pas à cette aune qu'il doit décider de mettre en oeuvre son pouvoir de modulation. Il appartient à la personne publique de veiller à ce que les pénalités de retard stipulées dans les contrats qu'elle conclut couvrent au moins son préjudice et, pour avoir également une fonction dissuasive, le dépassent.

Précisons enfin que le juge ne sera limité par ce plancher que pour autant et dans la mesure où le maître de l'ouvrage s'en prévaut et en établira le montant, comme il devrait le faire en l'absence de pénalités de retard s'il demandait la réparation du préjudice que lui ont causé les retards dans l'exécution des travaux. Le juge ne devra donc d'office ni s'interroger sur l'existence ni établir le montant d'un préjudice que le maître d'ouvrage n'invoquerait pas en réponse à la demande de modulation que le titulaire du marché a du présenter au juge pour que celui-ci puisse faire usage de son pouvoir. En effet, vous avez, contrairement au code civil, subordonné l'exercice de ce pouvoir à une demande en ce sens du débiteur des pénalités. Le maître d'ouvrage ne peut donc être surpris par une modulation dont l'éventualité n'aurait pas été en débat.

L'institution de ce plancher dans l'exercice du pouvoir de modulation pourra ainsi donner lieu à une discussion entre les parties sur le montant du préjudice, ce qui limite certainement l'effet forfaitaire du mécanisme des pénalités. Mais cette limite est elle-même doublement circonscrite : d'une part, elle ne s'impose que dans l'exercice du pouvoir de modulation, c'est à dire lorsque le montant des pénalités était manifestement excessif. Lorsque ce n'est pas le cas, ce qui correspond à la plupart des situations, l'effet forfaitaire joue pleinement et aboutit à mettre à la charge du titulaire des sommes supérieures au montant du préjudice; d'autre part, ce n'est qu'un plancher qui a priori ne devrait qu'être rarement atteint, puisque le juge doit utiliser son pouvoir de modulation pour corriger ce qui était manifestement excessif ou dérisoire dans l'application de la clause pénale tout en préservant son caractère forfaitaire. Pour le dire autrement et au risque de l'évidence, ce plancher est une limite au pouvoir et non la norme de son exercice. C'est pourquoi la personne publique n'aura pas besoin de justifier précisément son préjudice : il suffira qu'elle

indique les éléments qui lui permettent d'évaluer son préjudice, même grossièrement, dès lors qu'il ne s'agit que de donner au juge l'idée du seuil au-dessous duquel il ne doit pas descendre. Dans ces conditions, nous ne pensons pas que cette limite porte au caractère forfaitaire de la pénalité de retard une atteinte plus importante que le pouvoir de modulation que vous avez reconnu au juge.

L'application de ces principes au cas d'espèce vous conduira à annuler l'arrêt en tant que la cour a fait usage de son pouvoir de modulation des pénalités de retard, puisqu'elle l'a fait sans prendre en compte le préjudice allégué par le maître d'ouvrage, auquel elle n'a pas répondu sur ce point. Cette annulation partielle ne remettra pas en cause le bien fondé des pénalités retenues par la cour mais seulement la modulation de leur montant.

EPCMNC :

- Annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il se prononce sur la modulation des pénalités de retard et renvoi de l'affaire à la Cour dans cette mesure ;
- Rejet du surplus des conclusions du pourvoi, y compris, dans les circonstances de l'espèce, au titre des frais exposés et du pourvoi incident de la société GBR.

Référence 3 : CE, 7ème et 2ème ch., 19 juillet 2017, Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent, n°392707.

La société GBR Ile-de-France a demandé au tribunal administratif de Melun d'annuler la décision du 20 octobre 2011 du centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent rejetant son mémoire de réclamation et de condamner ce dernier à lui verser la somme de 663 686,66 euros toutes taxes comprises au titre du solde d'un marché de travaux relatif à la construction d'un centre médico-psychologique. Par un jugement n° 1203172 du 12 février 2014, le tribunal administratif de Melun a fixé le solde du marché à la somme de 308 025,55 euros toutes taxes comprises en défaveur de la société GBR Ile-de-France, condamné cette société à verser ladite somme au centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent et rejeté le surplus des conclusions de la société GBR Ile-de-France.

Par un arrêt n° 14PA01703 du 15 juin 2015, la cour administrative d'appel de Paris a, sur appel de la société GBR Ile-de-France, fixé le solde du marché à la somme de 66 392,45 euros en défaveur de la société GBR Ile-de-France, condamné la société GBR Ile-de-France à verser cette somme au centre hospitalier interdépartemental de l'enfant et de l'adolescent et rejeté le surplus des conclusions de la demande de la société GBR Ile-de-France devant le tribunal administratif et de ses conclusions d'appel.

Par un pourvoi sommaire et un mémoire complémentaire, enregistrés les 17 août et 18 novembre 2015 au secrétariat du contentieux du Conseil d'État, le centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent demande au Conseil d'État :

1°) d'annuler cet arrêt ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- le code civil, notamment son article 1152 ;
- le code des marchés publics ;
- le code de justice administrative ;

Sur les conclusions du pourvoi du centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent :

En ce qui concerne les conclusions tendant à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il a confirmé la décharge des pénalités de retard pour la période allant du 10 octobre 2007 au 26 novembre 2008 :

1. Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond qu'en vertu du a) de l'article 8.6.1 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) du marché en litige : « *L'entrepreneur est réputé avoir, à la remise de son offre (...) apprécié exactement toutes les conditions d'exécution des ouvrages et s'être parfaitement et totalement rendu compte de leur importance et de leurs particularités* » et « *contrôlé toutes les indications des documents d'appel à la concurrence notamment celles données par le CCTP, les plans et dessins, s'être entouré de tous les renseignements complémentaires éventuels du maître d'œuvre, et après avoir pris tous renseignements utiles auprès des services publics ou de caractère public (...)* » ; que le rapport d'expertise rendu le 13 juillet 2011 souligne que « l'impossibilité de réaliser le projet selon la solution du bureau d'études Théta Ingénierie est avérée, mais ce point aurait dû être détecté par l'entreprise GBR Ile-de-France : 1 / durant la période d'analyse du DCE que devait effectuer l'entreprise pour établir son offre de prix (phase d'appel d'offre en vue de l'établissement de sa proposition) (...) » ; que, toutefois, comme le relève ce même rapport en page 66, ces incohérences n'ont pas été relevées par le groupement de maîtrise d'œuvre ni par l'économiste de la construction pourtant en charge de la rédaction des documents de la consultation ; que, dès lors, en considérant, par adoption des motifs des premiers juges, qu'il ne résultait pas de l'instruction que les erreurs commises par le bureau d'études Théta Ingénieries auraient pu être relevées par la société GBR Ile-de-France avant le dépôt de son offre, la cour administrative d'appel de Paris, qui a suffisamment motivé son arrêt sur ce point, s'est livrée à une appréciation souveraine des pièces du dossier qui lui était soumis, sans les dénaturer ;

2. Considérant, en second lieu, qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond qu'en vertu de l'article 8.1.2 du même CCAP, les plans d'exécution des ouvrages devaient être établis par les entreprises et soumis à l'approbation du maître d'œuvre et du bureau de contrôle et que cette approbation ne concernait que la conformité aux dispositions du marché, « *les entreprises restant responsables en cas d'erreurs non signalées dans les documents de base ou d'erreurs dans les documents d'exécution* » ; que, par conséquent, après avoir relevé que, par un courrier du 10 octobre 2007, soit à la fin de la période contractuellement prévue de préparation du chantier, la société GBR Ile-de-France avait fait valoir un certain nombre de difficultés et d'incertitudes dans les documents de consultation tenant à l'insuffisante épaisseur des profilés métalliques, la cour administrative d'appel de Paris, qui a suffisamment motivé son arrêt sur ce point, s'est livrée à une appréciation souveraine des pièces du dossier, sans les dénaturer, en jugeant que la société GBR Ile-de-France était fondée à soutenir que le retard dans le commencement des travaux ne lui était pas imputable ;

3. Considérant, en troisième lieu, qu'il ressort des motifs du jugement du tribunal administratif de Melun, adoptés par la cour dans son arrêt, que le tribunal s'est fondé sur la circonstance que la société GBR Ile-de-France, postérieurement au courrier du 10 octobre 2007 par lequel elle avait informé le maître d'œuvre des difficultés rencontrées, avait continué d'assister aux réunions de chantiers et avait tenté avec le mandataire du groupement de maîtrise d'œuvre de trouver une solution aux problèmes de structure, pour en déduire qu'elle n'avait pas manifesté la volonté

d'interrompre l'exécution du chantier et que des pénalités de retard ne pouvaient lui être imputées à ce titre ; que c'est par un motif surabondant que le tribunal a relevé qu'il ne résultait pas de l'instruction que la société GBR Ile-de-France n'aurait pas réalisé les études d'exécution prévues par les stipulations contractuelles ; que les moyens du pourvoi dirigés contre ce motif adopté par la cour sont, dès lors, inopérants ;

En ce qui concerne les conclusions tendant à l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il a procédé à la modulation des pénalités de retard infligées à la société GBR Ile-de-France :

4. Considérant que les pénalités de retard prévues par les clauses d'un marché public ont pour objet de réparer forfaitairement le préjudice qu'est susceptible de causer au pouvoir adjudicateur le non-respect, par le titulaire du marché, des délais d'exécution contractuellement prévus ; qu'elles sont applicables au seul motif qu'un retard dans l'exécution du marché est constaté et alors même que le pouvoir adjudicateur n'aurait subi aucun préjudice ou que le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché qui résulte de leur application serait supérieur au préjudice subi ;

5. Considérant que si, lorsqu'il est saisi d'un litige entre les parties à un marché public, le juge du contrat doit, en principe, appliquer les clauses relatives aux pénalités dont sont convenues les parties en signant le contrat, il peut, à titre exceptionnel, saisi de conclusions en ce sens par une partie, modérer ou augmenter les pénalités de retard résultant du contrat si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire, eu égard au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations ;

6. Considérant qu'il résulte de ce qui a été dit au point 4 que lorsque le titulaire du marché saisit le juge de conclusions tendant à ce qu'il modère les pénalités mises à sa charge, il ne saurait utilement soutenir que le pouvoir adjudicateur n'a subi aucun préjudice ou que le préjudice qu'il a subi est inférieur au montant des pénalités mises à sa charge ; qu'il lui appartient de fournir aux juges tous éléments, relatifs notamment aux pratiques observées pour des marchés comparables ou aux caractéristiques particulières du marché en litige, de nature à établir dans quelle mesure ces pénalités présentent selon lui un caractère manifestement excessif ; qu'au vu de l'argumentation des parties, il incombe au juge soit de rejeter les conclusions dont il est saisi en faisant application des clauses du contrat relatives aux pénalités, soit de rectifier le montant des pénalités mises à la charge du titulaire du marché dans la seule mesure qu'impose la correction de leur caractère manifestement excessif ;

7. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la cour administrative d'appel de Paris a commis une erreur de droit en réduisant le montant des pénalités à la charge de la société GBR Ile-de-France sans s'assurer du caractère manifestement excessif des pénalités au regard notamment des pratiques observées pour des marchés comparables ou des caractéristiques particulières du marché en litige ; qu'elle a également commis une erreur de droit en réduisant les pénalités à un montant qui ne pouvait, en tout état de cause, être regardé comme corrigeant leur caractère manifestement excessif dès lors qu'il était soutenu, ce qu'il lui incombait de vérifier, que ce montant était inférieur au préjudice subi ; que, par suite et sans qu'il soit besoin d'examiner le moyen d'insuffisance de motivation soulevé à l'encontre de cette partie de l'arrêt, l'arrêt de la cour doit être annulé en tant qu'il se prononce sur la modulation des pénalités de retard ;

Sur les conclusions du pourvoi incident de la société GBR Ile-de-France :

En ce qui concerne les conclusions tendant à l'annulation de l'arrêt en tant qu'il a rejeté les conclusions tendant à la décharge des pénalités de retard pour la période allant du 27 novembre 2008 au 24 décembre 2009 :

8. Considérant qu'en estimant, par adoption des motifs du jugement du tribunal administratif, que la société ne justifiait pas avoir été dans l'impossibilité de réaliser les travaux prescrits par l'ordre de service n° 4 et que la liquidation judiciaire du cabinet Léothaud architecture, mandataire du groupement de maîtrise d'œuvre, intervenue postérieurement, ne pouvait justifier son retard, la cour administrative d'appel s'est livrée à une appréciation souveraine des pièces du dossier, qui n'est pas entachée de dénaturation ; que les conclusions du pourvoi incident sur ce point doivent être rejetées ;

En ce qui concerne les autres conclusions du pourvoi incident :

9. Considérant que la présente décision annule la partie de l'arrêt de la cour relative à la modulation des pénalités de retard ; que les conclusions du pourvoi incident de la société GBR Ile-de-France relatives à cette modulation sont devenues sans objet et qu'il n'y a, dès lors, plus lieu d'y statuer ;

10. Considérant que, dès lors que la présente décision rejette ses conclusions tendant à l'annulation de l'arrêt en tant qu'il porte sur le bien-fondé des pénalités de retard infligées à la société GBR Ile-de-France, les conclusions du pourvoi incident tendant à l'annulation de l'arrêt en tant qu'il statue sur la charge des frais de l'expertise ne peuvent qu'être rejetées ;

D E C I D E :

Article 1^{er} : L'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 15 juin 2015 est annulé en tant qu'il se prononce sur la modulation des pénalités de retard.

Article 2 : L'affaire est renvoyée, dans cette mesure, à la cour administrative d'appel de Paris.

Article 3 : Il n'y a pas lieu de statuer sur les conclusions du pourvoi incident de la société GBR Ile-de-France tendant à l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 15 juin 2015 en tant qu'il se prononce sur la modulation des pénalités de retard.

Article 4 : Le surplus des conclusions du pourvoi du centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent et le surplus des conclusions du pourvoi incident de la société GBR Ile-de-France sont rejetés, ainsi que les conclusions des parties tendant à l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Référence 4 : **Conclusions du rapporteur public sur CE, 7^e et 2^e SSR, 7 décembre 2015, Syndicat intercommunal Bihorel Bois-Guillaume.**

Au début de l'année 2007, le syndicat intercommunal Bihorel Bois-Guillaume de la piscine Transat a confié à la société Lanos isolation l'exécution du lot n° 3, menuiseries intérieures, des travaux de réfection de la couverture du toboggan de la piscine, M. Berteau, architecte, en assurant la maîtrise d'œuvre et la société Norisko construction le contrôle technique. La société Lanos a sous-traité à l'entreprise Lassarat la réalisation d'un

parevapeur en résine pour les panneaux d'habillage de la trémie d'accès au toboggan. Peu après la réception sans réserve des travaux, prononcée à compter du 27 novembre 2007, divers désordres sont apparus affectant la trémie d'accès au toboggan, consistant en des fissures aux droits de la jonction entre certaines plaques de contreplaqué constituant cette trémie, des décollements du revêtement de résine recouvrant ces plaques et en un phénomène de condensation probablement du à ces désordres. L'expert désigné par le juge des référés du TA de Rouen a attribué ces désordres à des erreurs de conception, d'exécution et de suivi des travaux et évalué les travaux de reprise à un coût supérieur à celui de l'ensemble du marché (154 170 euros).

Le Syndicat intercommunal a saisi le TA de conclusions tendant à la condamnation solidaire de l'architecte, de la société Lanos et du contrôleur technique sur le fondement de la responsabilité décennale des constructeurs et de la garantie de parfait achèvement ainsi qu'à celle de la société Lassarat sur celui de la responsabilité quasi-délictuelle. Le tribunal a rejeté ces dernières mais condamné les constructeurs, à l'exception du contrôleur technique, à payer à la commune de Bihorel, qui s'était substituée au syndicat intercommunal, la somme fixée par l'expert. Il a également condamné la société Lanos et la société Lassarat à garantir l'architecte à hauteur respectivement de 70 % et 10 % des sommes mises solidairement à sa charge. La société Lanos a seule interjeté appel, M. Berteau et la société Lassarat formant des appels incident et provoqué.

Par un arrêt du 4 mars 2014 contre lequel la commune de Bihorel se pourvoit en cassation, la CAA de Douai a annulé le jugement et rejeté sa demande à l'encontre de l'ensemble des constructeurs, au motif que les désordres n'étaient pas de nature à ouvrir droit à la garantie décennale. Elle a par ailleurs confirmé l'irrecevabilité des conclusions du maître d'ouvrage tendant à l'engagement de la responsabilité quasi-délictuelle du sous-traitant.

Vous ferez tout d'abord droit au moyen tiré de ce que la cour a omis de statuer sur la responsabilité du maître d'œuvre, de la société Lanos et de la société Lassarat au titre de la garantie de parfait achèvement.

Cette garantie était clairement invoquée à l'encontre de ces trois personnes devant le TA qui n'y a pas répondu puisqu'il a retenu la garantie décennale, soulevée à titre principal. Elle l'était également en appel à l'encontre de la société Lanos, comme l'a d'ailleurs indiqué la cour dans les visas de son arrêt. En ce qui concerne la maîtrise d'œuvre et le sous-traitant, la commune, qui était intimée face à eux, ne l'avait pas expressément abandonnée (6 octobre 2008, Sté coopérative ouvrière de production, n° 283014 – B). La cour devait donc y répondre pour l'ensemble des parties, alors même que le maître d'œuvre et le sous-traitant n'y étaient pas tenus, cette garantie n'étant due que par les entrepreneurs liés par contrat avec le maître d'ouvrage. Ces motifs sont en effet relatifs au bien fondé de la demande, non à l'opérance des moyens.

Ce moyen ne conduisant qu'à la cassation de l'arrêt en tant que la cour a omis de se prononcer sur cette garantie, vous devrez examiner ceux dirigés contre les motifs de l'arrêt relatifs à la garantie décennale des constructeurs et à la responsabilité extra-contractuelle du sous-traitant, qui posent des questions plus délicates.

Tel n'est pas le cas des deux moyens dirigés contre l'appréciation portée par la cour sur les conséquences des désordres et leur gravité, qui est souveraine (10 juin 1994, SA GFTC, n° 124761, p. 316 ; 25 mars 1996, Ville du Havre, n° 140691, RDI 1996 p. 374 ; 9 juillet 2010, Commune de Lorry-les-Metz, n° 310032, BJCP

2010, n° 72, p. 349, concl. Dacosta ; 9 déc. 2011, commune de Mouans Sartoux, n° 346189). Par une motivation tout à fait suffisante, la cour a relevé que les désordres que nous avons décrits étaient ponctuels et limités et ne compromettaient ni la solidité de l'ouvrage, ni son utilisation conforme, qui n'avait jamais cessés. Ces motifs sont exempts d'erreur de droit et ne sont entachés d'aucune dénaturation, ni la circonstance que les usagers « sont en droit d'attendre un endroit propre et agréable » ni le coût des travaux de reprise ne démontrant à eux seuls que les désordres présentent un caractère décennal.

Plus délicat est le moyen tiré de ce que la cour aurait irrégulièrement fait bénéficier M. Berteau de l'inapplicabilité de la garantie décennale alors qu'il ne l'avait pas invoquée. Contrairement à ce que soutient la commune, il ne s'agit pas du respect, par la cour, du périmètre des conclusions dont elle était saisie. M. Berteau demandait bien l'annulation du jugement qui l'avait solidairement condamné à indemniser la commune des conséquences dommageables des désordres. En annulant le jugement et rejetant la demande de la commune, la cour n'a donc pas statué au-delà des conclusions d'appel provoqué de M. Berteau, comme elle l'aurait fait si elle avait étendu à une partie une annulation qu'elle n'avait pas demandé.

Vous avez jugé dans cette dernière hypothèse que la circonstance que les différentes parties aient été membres d'un groupement solidaire ne fait pas obstacle à ce qu'elles adoptent des stratégies contentieuses différentes et présentent des conclusions distinctes auxquelles le juge doit se tenir (31 mai 2010, Société Bureau de Conception et de Coordination du Bâtiment, n° 323948, aux T). En revanche, la cour a fondé la réponse qu'elle a faite aux conclusions de M. Berteau sur le motif – le caractère non décennal des désordres – qu'elle avait retenu pour faire droit à l'appel principal, lequel l'avait invoqué, mais qui ne correspondait pas à un moyen que M.

Berteau avait soulevé. Or, contrairement à d'autres conditions d'engagement de la responsabilité décennale, telle que la qualité de constructeur (CE, 13 novembre 1987, Syndicat intercommunal pour la création et le fonctionnement de l'école des Clos, p. 365) ou la question de l'existence du prononcé de la réception des travaux (CE, 5 janvier 1962, Sieur Rietsch, p. 11 ; CE, 20 janvier 1982, Souchon, T.), le caractère décennal des désordres n'est pas d'ordre public (CE, 8 décembre 1997, Commune de Nancy, n° 160996, T.), pas davantage d'ailleurs que l'expiration du délai de la garantie (CE, 5 novembre 1965, Ministre de la construction c/ Sté Henri Ducassou, p. 589). Ces jurisprudences témoignent de l'ambivalence du régime juridique de la responsabilité décennale, responsabilité à la fois légale par ses fondements et contractuelle par la nature des obligations qu'elle garantit. Certaines de ses conditions d'engagement relèvent du champ d'application de la loi et s'imposent aux parties comme au juge tandis que d'autres dépendent des moyens des parties. Il ne fait donc aucun doute que si M. Berteau avait été le seul appelant, la cour n'aurait pu retenir d'office l'absence de caractère décennal des désordres.

Dans la rigueur des principes, ce moyen, qui n'est pas d'ordre public, ni en lui-même ni par l'autorité des motifs qui sont le soutien nécessaire de l'annulation du jugement en tant qu'il concerne l'appelant principal, qui n'en a pas à l'égard d'une autre partie, ne devrait pas pouvoir bénéficier à cette autre partie. Mais cette rigueur nous semble placer le juge dans une position intenable pour lui et incompréhensible pour les parties lorsque la même juridiction est saisie d'un même litige mettant en jeu une responsabilité solidaire à laquelle sont tenus les cocontractants. Il nous semble difficile que la juridiction puisse alors répondre à des conclusions aux mêmes fins en ignorant pour un appelant ce qu'elle vient de juger pour l'autre, alors même que son appel tend

à le protéger contre les conséquences sur ses intérêts des autres appels. S'il est envisageable de dresser des écrans entre des litiges distincts, nous ne voyons pas comment le faire dans un même litige. Dans cette configuration, si les conclusions de chaque partie conservent leur autonomie, les moyens à l'appui de ces conclusions, lorsqu'elles sont identiques, doivent valoir pour l'ensemble des parties qui les ont présentées. Cette solution vaut dans notre esprit aussi bien en première instance qu'en appel ou en cassation, en cas d'action mettant en cause des personnes solidairement responsables.

Ce résultat est d'ailleurs le plus souvent obtenu par le seul effet de l'unité de l'instruction dont le litige fait l'objet, qui conduit à notifier à toutes les parties l'ensemble de leurs productions, ce qui permet à chacune de s'approprier les moyens des autres. Cela explique probablement que vous n'avez encore jamais eu l'occasion de répondre à cette question dont les termes ne présentent aucune actualité particulière.

Ajoutons enfin qu'au cas d'espèce, l'annulation de l'arrêt sur ce point n'aurait d'autre effet que de retarder le rejet des prétentions de la commune à l'encontre de M. Berteau qui ne manquerait pas de soulever devant la cour de renvoi le caractère non décennal des désordres. Mais cette circonstance ne doit pas vous influencer, dans la mesure où la réponse que vous ferez à la question qui vous est posée sera d'application générale.

Le dernier moyen porte sur les motifs par lesquels la cour a confirmé le rejet des conclusions de la commune dirigées contre le sous-traitant de l'entrepreneur principal. Elle a jugé qu'elle n'était pas fondée à demander sa « condamnation, sur le fondement de sa responsabilité quasi-délictuelle, à l'indemniser à raison de désordres qu'elle impute exclusivement à un défaut de réalisation, par cette société, de ses prestations contractuelles ».

La commune n'ignore pas que cette solution est l'application de votre jurisprudence cne de Voreppe du 30 juin 1999 (n° 163435, au recueil), par laquelle vous avez affirmé, contrairement aux conclusions de votre commissaire du gouvernement, que « seules les personnes ayant passé avec le maître de l'ouvrage un contrat de louage d'ouvrage peuvent être condamnées envers le maître de l'ouvrage à réparer les conséquences dommageables d'un vice de cet ouvrage imputable à sa conception ou à son exécution » et rejeté en conséquence les conclusions présentées à l'encontre d'un sous-traitant, alors même qu'elles l'étaient sur le terrain quasi-délictuel. Vous l'avez confirmée quelques années plus tard par une décision Cne de Gap du 25 juin 2004 (n° 221563) et elle doit être bien intégrée par les maîtres d'ouvrage puisque vous n'avez depuis pas eu d'autres occasions d'en faire application.

Le pourvoi vous invite à l'abandonner et à vous rapprocher, ce faisant, de la jurisprudence judiciaire qui admet aujourd'hui de manière générale que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel, dès lors que ce manquement lui a causé un dommage » (Cass, Plén, 9 oct 2006, consorts Loubeyre et autre c/société Myr'Ho SARL, n° 05-13.255 ; Cass., Civ. 3e, 2 nov. 2011, n° 10-20499, n° 10-23760), "sans avoir à apporter d'autre preuve", a t-elle précisé ultérieurement (Cass., Civ., 1e, 15 mai 2007, n° 05-16.926 ; Cass., Civ. 3e, 17 avril 2013, n° 12-14.409, Cass., Civ. 3e, 9 juillet 2013, n° 12-20.453 ; Cass., Civ. 2e, 22 mai 2014, n° 13-12.717 ; Cass., Civ. 1e n° 14-22.707).

Elle avait déjà ouvert au maître d'ouvrage la possibilité d'engager la responsabilité quasi-délictuelle du sous-traitant (Cass., Ass. Plén., 12 juill. 1991 ; Cass., Civ. 3e, 10 janv. 2001), mais la position prise en 2006 est beaucoup plus générale. Elle met fin à une divergence entre les chambres civiles et commerciale sur la

nature de l'obligation méconnue, la chambre commerciale jugeant que les tiers ne pouvaient se prévaloir de l'inexécution du contrat sur le fondement de la responsabilité délictuelle qu'à la condition que cette inexécution constitue un manquement à une obligation non contractuelle (Com, 8 octobre 2002, n° 98-22.858 ; Com, 17 juin 1997, n° 95-14.535), les chambres civiles considérant au contraire qu'un manquement contractuel pouvait engager la responsabilité délictuelle de son auteur s'il causait un dommage à un tiers, principe que l'Assemblée plénière a consacré en 2006.

Nous ne vous proposerons certainement pas d'adopter une position aussi radicale qui n'a pas fait l'unanimité, loin s'en faut, parmi la doctrine privatiste. L'une des principales critiques faite à cette assimilation entre faute contractuelle et faute délictuelle, outre l'atteinte profonde qu'elle représente au principe de l'effet relatif des contrats et la confusion qui en résulte entre les notions de parties et de tiers au contrat, est qu'elle ne permet pas à l'auteur du manquement de se prévaloir des limitations contractuelles de sa responsabilité, alors même qu'elle trouve dans le contrat son fondement.

En plus de ces objections très sérieuses, deux raisons au moins nous retiennent de vous proposer d'adopter la même solution. La première est que vous l'avez très explicitement et en parfaite connaissance de la jurisprudence judiciaire écartée par une décision récente dans une formation supérieure, en jugeant que « les tiers à un contrat administratif ne peuvent en principe se prévaloir des stipulations de ce contrat, à l'exception de ses clauses réglementaires. Dès lors, la qualité de tiers au contrat fait obstacle à ce qu'un requérant se prévale d'une inexécution du contrat dans le cadre d'une action en responsabilité quasi-délictuelle » (Section, 11 juillet 2011, Mme Gilles, n° 339409).

La seconde est que l'évolution de la jurisprudence judiciaire correspond à des problématiques propres au droit privé, ce pourquoi vous n'avez pas estimé nécessaire de vous en inspirer. Il serait présomptueux de notre part d'essayer d'en rendre compte en quelques mots mais on peut en donner un bref aperçu en indiquant qu'elle consacre une conception du contrat comme fait social qui résulte à la fois de l'élargissement de la sphère contractuelle à des obligations de sécurité, de résultat ou de conseil et de l'évolution des régimes de responsabilité de la faute vers le risque, afin de mieux protéger les victimes. La faute, et donc sa nature, importent moins que le lien de causalité entre un fait, qui peut être un manquement à une obligation contractuelle, et le dommage qui en résulte.

Si le contrat administratif a pris une place croissante dans l'action administrative, il n'affecte pas tant les rapports entre les particuliers qu'il faille y voir un fait social. Mais surtout, la protection des intérêts des tiers à ce contrat est suffisamment assurée par les différents régimes de responsabilité leur ouvrant droit à réparation du fait des dommages nés d'un contrat administratif sans qu'il soit besoin de leur permettre de se prévaloir d'une faute contractuelle. D'une part, la théorie des clauses réglementaires permet aux usagers des services publics, comme le rappelle la décision Mme Gilles, de se prévaloir des stipulations du contrat relatives à l'organisation, l'exécution et le financement du service qui est l'objet du contrat, y compris à l'appui d'une action en responsabilité pour faute sur le terrain quasidélictuel (7 novembre 1958, Sté électricité et eaux de Madagascar, p. 530; 23 février 1968, Picard, n° 65084, p. 131).

D'autre part, les dommages subis par les tiers de fait de l'exécution de travaux publics, dont on pourrait souvent trouver l'origine dans une mauvaise exécution du marché, sont couverts par un régime de responsabilité sans faute, qui poursuit les mêmes

finalités de socialisation du risque que la jurisprudence judiciaire. Comme le fait observer le professeur Clamour, par ces différents régimes, "la jurisprudence administrative offre en la matière un tableau d'une rare cohérence, protégeant les tiers sans pour autant avoir besoin de revisiter les piliers du droit des contrats".

Sans revisiter les colonnes du temple, c'est-à-dire sans confondre faute contractuelle et délictuelle, et en prenant garde de ne pas les fragiliser, nous nous sommes demandés s'il ne serait pas envisageable de procéder à une évolution plus limitée dans le seul champ des rapports entre les participants à un contrat de travaux publics, qui permettrait au maître d'ouvrage de rechercher la responsabilité quasi-délictuelle du sous-traitant lorsque celui-ci a manqué à une obligation non contractuelle qui lui a causé un dommage. Le caractère non contractuel de l'obligation méconnue est en effet une condition indispensable au maintien de la distinction entre faute contractuelle et faute quasi-délictuelle. Il s'agirait donc, en quelque sorte, de transposer au contentieux des marchés publics la solution dégagée par la chambre commerciale de la Cour de cassation avant que l'Assemblée plénière consacre une conception plus extensive de la responsabilité.

Il convient, pour évaluer une telle évolution, de prendre l'exacte mesure de la portée de la jurisprudence Cne de Voreppe, dont nous nous permettons de rappeler le considérant de principe : « seules les personnes ayant passé avec le maître de l'ouvrage un contrat de louage d'ouvrage peuvent être condamnées envers le maître de l'ouvrage à réparer les conséquences dommageables d'un vice de cet ouvrage imputable à sa conception ou à son exécution ». Cette décision consacre donc une exclusivité de la responsabilité contractuelle pour que le maître d'ouvrage obtienne réparation des dommages imputables à la conception ou à l'exécution des travaux, quel qu'en soit l'auteur.

Elle ne remet pas en cause la possibilité pour les participants - constructeurs, soustraitants- non liés entre eux par contrat de rechercher leurs responsabilités sur le terrain quasidélictuel du fait des dommages qu'ils ont pu se causer dans l'exécution de leurs prestations (voyez, par exemple, pour la responsabilité du maître d'oeuvre à l'égard de l'entrepreneur, 26 mai 1982, ville de Chamonix et autres, n° 16488, p. 671).

Elle ne remet pas non plus en cause la possibilité pour un sous-traitant de rechercher la responsabilité quasi-délictuelle du maître d'ouvrage s'il a manqué à ses obligations légales, notamment à celles relatives à l'acceptation du sous-traitant qui permettent à celui-ci d'être payé directement (7 novembre 1980, SA Schmid-Valenciennes, n° 12060, p. 416). Enfin, cette jurisprudence ne concerne que les "vices de l'ouvrage imputables à sa conception ou à son exécution", c'est-à-dire les dommages résultant précisément de la mauvaise exécution du marché de travaux. Les dommages que l'on pourrait qualifier de collatéraux, survenus à l'occasion de l'exécution du marché mais qui ne résultent pas de son exécution, sont également hors champ de cette responsabilité. Ces précisions mettent en lumière les fondements du principe de l'exclusivité de la responsabilité contractuelle et la logique très forte qui le sous-tend.

Les dommages dont le maître d'ouvrage demande ici réparation étant ceux qui sont « imputables à la conception ou à la réalisation des travaux », ils résultent nécessairement de l'exécution des contrats passés pour la réalisation de ces travaux, contrats passés par le maître d'ouvrage et par ses cocontractants pour sous-traiter une partie des prestations qui leur ont été commandées. Ces contrats sont la source essentielle des obligations éventuellement méconnues. Ce sont eux qui en déterminent le contenu et l'étendue ainsi que les garanties qui y sont attachées et les modalités de résolution des litiges auxquels ils peuvent donner

lieu. Il est dès lors logique que les parties à ces contrats ne puissent s'adresser qu'à leurs cocontractants pour obtenir réparation des dommages nés de leur exécution. S'agissant du maître d'ouvrage, il n'est lié qu'avec le titulaire du marché. Les soustraitants de ce dernier ne sont connus du maître d'ouvrage que par l'effet de leur acceptation qui n'a d'autre objet que de leur garantir un paiement direct. Cette acceptation ne crée aucun lien contractuel entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant, qui n'a d'obligations en ce qui concerne l'exécution du marché qu'envers le titulaire auquel il est lié par contrat (28 juillet 1951 Société La Callendrite, p. 465 ; 5 juin 1957, Société Georges et Cie, p. 382 ; S. 24 mai 1974, Société Paul Millet et Cie, p. 310 ; 2 février 1979, Société "Entreprise Roull", T. p. 798 ; 6 mars 1987, O.P.H.L.M. de Châtillon-sous-Bagneux, n° 37731 ; 11 juil 1988, Chambre des métiers d'Ille-et-Vilaine, T. p. 900). L'entrepreneur est donc seul et entièrement responsable envers le maître de l'ouvrage pour le fait de son sous-traitant, y compris lorsque les agissements de ce dernier présentent un caractère dolosif (23 juin 1978, Consorts Michel, p. 277), à charge pour lui de se retourner contre son cocontractant qui a manqué à ses obligations contractuelles.

Le terrain contractuel est le seul sur lequel les parties au contrat peuvent se placer pour engager la responsabilité de leurs cocontractants du fait d'un dommage lié à l'exécution du contrat, y compris lorsque d'autres fondements seraient théoriquement envisageables (CE, 20 nov 1891, Lefebvre, p. 685 ; CE 22 décembre 1922, Lassus, p. 984 ; 1er déc 1976, Berezowski, n° 98946 au rec, notamment pas les resp extra-contractuelles sans faute : 5 janv 1972, sté Unitchadienne, n° 78436 ; risque ; 25 nov 1994, Sté Aticam, n° 137318, au rec : DTP ; CE, 6 janv 1971, SA de gérance des vêtements Abdon, n° 69141: rupture de l'égalité devant les charges publiques).

La logique contractuelle dans laquelle s'inscrit l'exécution du marché se poursuit après la réception des travaux, puisque les garanties postérieures ne sont dues que par les cocontractants du maître d'ouvrage et par les fabricants qui, en raison du lien direct de l'objet produit avec le marché, en sont solidairement responsables en application de l'article 1792-4 du code civil, disposition que vous avez récemment jugée applicable en droit public (21 oct 2015, Cne de Tracy-sur-Loire, n° 385779, aux T). Les sous-traitants, en revanche, vous le savez, n'y sont pas tenus (18 janvier 1946, Sté fce de matériaux et produits hydrofuges, p. 21). Nous ne partageons donc pas sur ce point l'analyse de Catherine Bergeal dans ses conclusions sur la décision Cne de Voreppe qui, pour vous convaincre d'ouvrir une action en responsabilité quasi-délictuelle, faisait valoir qu'elle serait conforme aux principes généraux du droit de la responsabilité qui voudraient que la responsabilité quasi-délictuelle, qui est de droit commun, puisse être engagée toutes les fois qu'il n'existe pas d'action en responsabilité contractuelle. En réalité, le maître d'ouvrage dispose d'une action en responsabilité contractuelle pour obtenir réparation du dommage; seulement, il ne peut l'exercer qu'à l'encontre de ses cocontractants. Et le sous-traitant n'est tenu pour ce qui est de l'exécution du marché que par les obligations qu'il a souscrites envers son cocontractant, titulaire du marché.

L'exclusivité de la responsabilité contractuelle pour obtenir réparation des dommages liés à l'exécution d'un contrat posée par la décision Cne de Voreppe apparaît donc en parfaite cohérence tant avec les régimes de responsabilité qui gouvernent l'exécution des marchés publics qu'avec le principe général de la distinction des fautes contractuelle et quasidélictuelle et celui de la primauté de la responsabilité contractuelle sur la responsabilité quasidélictuelle. Juridiquement, rien ne s'oppose à ce que vous tempériez cette exclusivité en ouvrant pour le maître d'ouvrage une action alternative en responsabilité quasi-délictuelle à

l'encontre du sous-traitant auquel il n'est pas contractuellement lié. Mais les inconvénients qui en résulteraient, qui nous paraissent beaucoup plus nombreux que ses avantages, nous dissuadent de vous le proposer. Le principal avantage qu'elle représenterait serait de corriger un effet collatéral négatif pour le maître d'ouvrage de l'unification de la compétence juridictionnelle pour connaître des litiges nés de l'exécution d'un marché de travaux publics. Après quelques hésitations, le Tribunal des conflits a jugé que « le litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des participants à l'exécution de ces travaux relève de la compétence de la juridiction administrative, quel que soit le fondement juridique de l'action engagée, sauf si les parties en cause sont unies par un contrat de droit privé » (2 juin 2008, Souscripteurs des Lloyds de Londres, n° 3621, au rec). Cette jurisprudence a notamment pour conséquence de rendre le juge administratif compétent pour statuer sur l'action en responsabilité dirigée par un maître d'ouvrage contre un sous-traitant puisque ce dernier participe à l'exécution des travaux et qu'il n'est pas lié au maître d'ouvrage par un contrat.

Mais aussi, du fait de la jurisprudence Cne de Voreppe, de priver cette action de toute chance de succès, alors qu'elle pouvait prospérer devant le juge judiciaire. En lui permettant de faire valoir une faute non contractuelle dans le cadre d'une action en responsabilité quasidélictuelle, vous ménageriez une voie à cette action, certes plus étroite que celle qui résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation, mais qui aurait au moins le mérite d'exister. Cet argument vous était également présenté par votre commissaire du gouvernement à propos de l'affaire cne de Voreppe et il n'a, pas plus que le précédent, suffi à vous convaincre.

Il est vrai qu'il doit être relativisé. Le principe d'une compétence générale du juge administratif pour connaître des litiges nés de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des participants à l'exécution de ces travaux ne préjuge aucunement de la recevabilité des recours. Comme nous l'avons dit, cette règle rend le juge administratif compétent pour connaître de beaucoup d'autres actions que celle du maître d'ouvrage à l'encontre du sous-traitant, notamment toutes les actions horizontales entre participants non liés par des contrats.

L'autre avantage serait d'offrir au maître d'ouvrage un débiteur de plus, ce qui peut être appréciable en cas d'insolvabilité de ses cocontractants, dont la responsabilité sera peut être plus difficile à engager mais qui ne sera limitée ni par les stipulations du contrat, lorsqu'il est en vigueur, ni par les conditions restrictives de la garantie décennale, lorsqu'il est achevé. Car en dehors de cette hypothèse, comme le faisait observer le professeur Moderne⁴, qui pourtant n'excluait pas cette action quasi-délictuelle, « on voit mal l'intérêt du maître de l'ouvrage à poursuivre le tiers en quasi-délictuelle, dès lors qu'il dispose d'une action contractuelle contre l'entrepreneur principal au titre de l'ensemble des travaux ». Cet avantage nous semble lui aussi devoir être relativisé, car le maître d'ouvrage bénéficie de garanties contractuelles et les constructeurs sont en principe assurés du fait des vices de construction, notamment au titre de la garantie décennale.

Mais plus encore que la faiblesse de ses avantages, c'est l'importance de ses inconvénients qui nous conduit à écarter cette solution. Ces inconvénients apparaissent dès que l'on tente de fixer les contours du recours qu'il s'agirait de reconnaître.

En premier lieu, quels sont les manquements qui permettraient d'engager la responsabilité quasi-délictuelle du sous-traitant ? Rappelons que pour qu'une évolution jurisprudentielle sur ce point soit compatible avec le principe général de la distinction des fautes contractuelle et délictuelle, il faudra qu'elle soit limitée à la

responsabilité du sous-traitant du fait de manquements, certes commis à l'occasion de l'exécution du contrat, à des obligations qui ne trouvent pas leur source dans le contrat qu'il aura passé avec l'entrepreneur principal, mais dans des règles générales ou dans la loi. Deux difficultés ne manqueront pas de survenir. La première porte sur l'identification de ces obligations. La chambre commerciale de la cour de cassation avait évoqué une « obligation générale de prudence ou de diligence » (com, 17 juin 1997, n° 95-14535) ou un "devoir général de ne pas nuire à autrui" (com, 8 oct 2002, n° 98-22858 ; com, 5 avril 2005, n° 03-19370). S'agissant de prestations de travaux, on ne voit guère comme obligation générale que celle d'exécuter les travaux dans les règles de l'art, dont vous avez jugé qu'elle pouvait donner lieu à une responsabilité quasi-délictuelle en cas d'annulation du contrat (22 février 2008, Schmelz et Orselli, n° 286174). Mais vous la rattachez au contrat lorsqu'il existe, y compris lorsqu'elle oblige le cocontractant à des diligences non prévues par le contrat (Section, 17 octobre 1975, Commune de Canari, p. 516; 14 juin 2002, ville d'Angers, n° 219874, aux T). La même obligation sera-t-elle contractuelle quand elle est invoquée par le titulaire à l'encontre de son sous-traitant et extra-contractuelle quand elle l'est par le maître d'ouvrage ? Il faut espérer que le juge judiciaire qui statuera sur une éventuelle action récursoire du sous-traitant contre son cocontractant ait la même approche du dossier que le juge administratif qui l'aura condamné envers le maître d'ouvrage... La deuxième difficulté viendra, si l'on admet notamment que les règles de l'art puissent être à l'origine d'une responsabilité quasi-délictuelle, de distinguer les manquements à cette obligation de ceux propres aux obligations contractuelles, les deux survenant nécessairement pour l'exécution du marché. Il faudra certainement plus d'un pourvoi en cassation pour tracer les contours de ces obligations et pour lutter contre la tendance qui ne manquera pas d'être forte vers une confusion des fautes contractuelle et quasi-délictuelle que toute la jurisprudence tend au contraire à distinguer. Faire de l'exécution du contrat dans les règles de l'art une obligation quasisélictuelle lorsqu'il existe par ailleurs un contrat en vigueur aboutit par ailleurs à une situation dans laquelle le sous-traitant pourra être tenu, au titre du même manquement, à une obligation plus étendue envers le maître d'ouvrage qu'envers son cocontractant, auquel il peut opposer les limitations contractuelles de sa responsabilité. Il supportera donc une obligation plus étendue que celle à laquelle il s'est contractuellement engagé. On retrouve ici une partie des critiques qui ont été faites à la jurisprudence de la Cour de cassation de 2006. Nous pensons donc qu'il faudrait, si vous deviez vous engager dans cette voie et afin que les champs respectifs des responsabilités soient délimités le plus clairement possible, exclure de la responsabilité quasi-délictuelle toute obligation susceptible d'être également contractuelle, comme le respect des règles de l'art. Mais force est alors de constater que l'intérêt de ce recours s'amoinerait sensiblement. On peut d'ailleurs se demander si cela ne résulte pas déjà de la jurisprudence Cne de Voreppe qui n'impose l'action contractuelle que pour les dommages imputables à la conception ou à l'exécution du marché, c'est à dire qui n'en sont pas détachables.

En second lieu, quels sont les dommages dont le maître d'ouvrage pourra demander réparation ? La question se pose pour les actions engagées postérieurement à la réception des ouvrages qui met fin aux rapports contractuels entre le maître d'ouvrage et les constructeurs. Ceux-ci ne peuvent ensuite être tenus qu'aux garanties biennale et décennale. Vous savez, et le présent litige en est une illustration, que cette dernière est limitée aux désordres non apparents les plus graves. La responsabilité du sous-traitant, auquel ce régime n'est pas applicable, pourra donc être plus étendue, en ce qui concerne les dommages réparables, que celle à laquelle sont tenus les cocontractants du maître d'ouvrage, ce qui est pour le moins paradoxal. Et l'on ne voit pas au nom de quel

principe il serait possible d'étendre à la responsabilité quasi-délictuelle des sous-traitants les conditions d'engagement de la garantie décennale des constructeurs, qui est une garantie légale post-contractuelle à laquelle ils ne sont pas tenus. La remise en cause, même limitée, du principe de l'exclusivité de la responsabilité contractuelle posée par votre jurisprudence Cne de Voreppe conduit donc à compliquer fortement un système dont nous avons vu à quel point il était clair et cohérent. Pour qu'elle puisse s'inscrire sans trop le bouleverser dans le paysage juridique, une action en responsabilité du sous-traitant à l'égard du maître d'ouvrage devrait être tellement limitée qu'elle en sera impraticable, ce qui ne manquera pas de créer une tendance à son élargissement au mépris de la distinction des fautes contractuelle et quasi-délictuelle, que vous avez récemment et fermement réaffirmée. Il ne fait aucun doute à nos yeux que les maigres avantages de cette solution ne méritent ni de courir ce risque, ni les efforts qu'il faudra déployer pour le conjurer. Si vous partagez cet avis, vous écarterez ce dernier moyen.

EPCMNC :

- Annulation de l'arrêt en tant que la cour a omis de statuer sur les conclusions présentées au titre de la garantie de parfait achèvement, au renvoi de l'affaire dans cette mesure à la CAA de Douai et au rejet du surplus des conclusions du pourvoi.
- Rejet de l'ensemble des conclusions des parties au titre des frais exposés.

Référence 5 :

CE, 7^e et 2^e SSR, 7 décembre 2015, Syndicat intercommunal Bihorel Bois-Guillaume, n° 380419, publié au Recueil ; RDI 2016, p. 93.

1. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que le syndicat intercommunal Bihorel Bois-Guillaume, aux droits duquel sont venues la commune de Bois-Guillaume-Bihorel puis la commune de Bihorel, a, dans le cadre de travaux de réfection de l'isolation de la couverture du toboggan de la piscine " Transat ", confié une mission de maîtrise d'œuvre à M. B...et le lot de travaux n° 3, " menuiseries intérieures ", à la société Lanos Isolation, laquelle a sous-traité à la société Lassarat la réalisation d'un pare-vapeur sur les panneaux d'habillage de la trémie d'accès au toboggan ; que ces travaux ont été réceptionnés sans réserve le 27 novembre 2007 ; que des désordres sont apparus sur la paroi de la trémie d'accès au toboggan en février 2008, conduisant le maître d'ouvrage à rechercher la responsabilité des participants à l'opération ; que par un arrêt du 4 mars 2014, la cour administrative d'appel de Douai a annulé la condamnation solidaire de M. B...et de la société Lanos Isolation à réparer les préjudices subis par la commune sur le fondement de la garantie décennale, prononcée par jugement du 20 novembre 2012 du tribunal administratif de Rouen, a confirmé le rejet des conclusions dirigées contre la société Lassarat sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle et a rejeté les différentes conclusions d'appel en garantie devenues sans objet ; que la commune de Bihorel se pourvoit en cassation contre cet arrêt ;

Sur l'arrêt attaqué en tant qu'il statue sur la responsabilité du maître d'œuvre et de la société Lanos Isolation au titre de la garantie décennale :

2. Considérant, en premier lieu, qu'en estimant que les désordres, qui revêtaient un caractère ponctuel, ne compromettaient pas la solidité de l'ouvrage ni ne le rendaient impropre à sa destination, la cour, qui a suffisamment motivé son arrêt sur ce point, s'est livrée à une appréciation souveraine des faits de l'espèce, qui n'est pas entachée de dénaturation ; qu'elle n'a pas commis d'erreur de droit dans le manquement des critères auxquels est

subordonné l'engagement de la responsabilité décennale des constructeurs ;

3. Considérant, en second lieu, qu'il incombe au juge administratif, lorsqu'est recherchée devant lui la responsabilité décennale des constructeurs, d'apprécier, au vu de l'argumentation que lui soumettent les parties sur ce point, si les conditions d'engagement de cette responsabilité sont ou non réunies et d'en tirer les conséquences, le cas échéant d'office, pour l'ensemble des constructeurs ; qu'ainsi qu'il a été dit, le tribunal administratif a condamné solidairement M. B...et la société Lanos Isolation sur le terrain de la garantie décennale ; que, dès lors qu'elle faisait droit au moyen invoqué par la société Lanos Isolation tiré de ce que les désordres ne revêtaient pas le degré de gravité suffisant pour être couverts par la garantie décennale, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en accueillant les conclusions d'appel provoqué de M.B..., alors même que celui-ci ne contestait pas l'applicabilité en l'espèce de ce régime de responsabilité mais se bornait à soutenir que sa propre responsabilité ne pouvait être engagée de ce chef ;

Sur l'arrêt attaqué en tant qu'il statue sur la responsabilité de la société Lassarat :

4. Considérant qu'il appartient, en principe, au maître d'ouvrage qui entend obtenir la réparation des conséquences dommageables d'un vice imputable à la conception ou à l'exécution d'un ouvrage de diriger son action contre le ou les constructeurs avec lesquels il a conclu un contrat de louage d'ouvrage ; qu'il lui est toutefois loisible, dans le cas où la responsabilité du ou des cocontractants ne pourrait pas être utilement recherchée, de mettre en cause, sur le terrain quasi-délictuel, la responsabilité des participants à une opération de construction avec lesquels il n'a pas conclu de contrat de louage d'ouvrage, mais qui sont intervenus sur le fondement d'un contrat conclu avec l'un des constructeurs ; que s'il peut, à ce titre, invoquer, notamment, la violation des règles de l'art ou la méconnaissance de dispositions législatives et réglementaires, il ne saurait, toutefois, se prévaloir de fautes résultant de la seule inexécution, par les personnes intéressées, de leurs propres obligations contractuelles ; qu'en outre, alors même qu'il entend se placer sur le terrain quasi délictuel, le maître d'ouvrage ne saurait rechercher la responsabilité de participants à l'opération de construction pour des désordres apparus après la réception de l'ouvrage et qui ne sont pas de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination ; qu'il résulte de ce qui précède qu'en jugeant que la commune de Bihorel n'était pas fondée à rechercher la condamnation, sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle, de la société Lassarat, sous-traitante de la société Lanos Isolation sans lien contractuel avec le maître de l'ouvrage, dès lors que la commune se bornait à invoquer la méconnaissance du contrat conclu entre ce sous-traitant et l'entrepreneur, la cour administrative d'appel de Douai n'a pas commis d'erreur de droit ;

Sur les conclusions d'appel présentées au titre de la garantie de parfait achèvement :

5. Considérant que la commune de Bihorel a demandé, en première instance et en appel, la condamnation de M. B...et des sociétés Lanos Isolation et Lassarat sur le fondement tant de la garantie décennale que de la garantie de parfait achèvement ; que la cour ne s'est pas prononcée sur les conclusions tendant à la mise en œuvre de la garantie de parfait achèvement ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens soulevés par le pourvoi sur ce point, son arrêt doit être annulé en tant qu'il a omis de statuer sur ces conclusions ;