



CAA de MARSEILLE, 6ème chambre, 05/06/2023, 22MA01654, Inédit au recueil Lebon

CAA de MARSEILLE - 6ème chambre

Lecture du lundi 05 juin 2023

N° 22MA01654
Inédit au recueil Lebon

Président
M. BADIE
Rapporteur public
M. GUILLAUMONT

Rapporteur
Mme Isabelle GOUGOT
Avocat(s)
BARNAUD

Texte intégral

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La commune du Tholonet a demandé au tribunal administratif de Marseille, d'une part, de condamner solidairement les sociétés Atelier Fernandez et Serres, Sudéquip, LC Méditerranée, Techni Chaud Froid (TCF), JCT et MMA lard à lui verser la somme de 178 526 euros, assortie des intérêts au taux légal à compter de l'introduction de sa demande et, d'autre part, de mettre les frais d'expertise fixés à la somme de 6 267,98 euros à la charge des sociétés Atelier Fernandez et Serres, Sudéquip, LC Méditerranée, Techni Chaud Froid, JCT et MMA lard.

Par un jugement n° 1608929 du 31 mai 2018, le tribunal administratif de Marseille a condamné solidairement la société Atelier Fernandez et Serres et la société Otéis venant aux droits de la société Sudéquip, à verser à la commune du Tholonet une somme de 143 817 euros toutes taxes comprises, augmentée des intérêts au taux légal à compter du 14 novembre 2016, a condamné la société Atelier Fernandez et Serres et la société Otéis à se garantir mutuellement pour moitié des condamnations solidaires prononcées à leur encontre et a mis à la charge solidaire de la société Atelier Fernandez et Serres et de la société Otéis les frais et honoraires de l'expertise liquidés et taxés à hauteur de 6 267,98 euros toutes taxes comprises. Il a ensuite, à l'article 4 du jugement, mis à la charge des sociétés Atelier Fernandez et Serres et de la société Otéis la somme de 2 000 euros à verser à la commune du Tholonet sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, et aux articles 5 et 6, la somme de 1 000 euros chacune à verser respectivement à la SMABTP et à la société JCT sur le même fondement. Puis il a rejeté le surplus des demandes de la commune.

Procédure devant la Cour :

I - Par une requête, enregistrée le 18 juillet 2018 sous le n° 18MA03343, la SARL Atelier Fernandez et Serres, représentée par Me Hugon de Villers, demande à la Cour :

- 1°) d'annuler le jugement du tribunal administratif de Marseille du 31 mai 2018 ;
- 2°) à titre principal, de rejeter la demande de la commune du Tholonet ;
- 3°) à titre subsidiaire, de juger que les condamnations prononcées à son encontre seront limitées à 5 %, comme proposé par l'expert ;
- 4°) en tout état de cause, de condamner les sociétés Otéis, LC Méditerranée, TCF, JCT et MMA à la relever et à la garantir de toute condamnation prononcée à son encontre ;
- 5°) de limiter le montant du préjudice de la commune du Tholonet à la somme de 145 526 euros toutes taxes comprises ;
- 6°) de mettre à la charge des sociétés Otéis, LC Méditerranée, TCF, JCT et MMA le versement de la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

* à titre principal :

- contrairement à ce qu'a jugé le tribunal, les désordres affectant l'installation en litige n'étaient pas apparents dès lors que la réception est intervenue le 18 novembre 2009 avec réserve et que cette réserve a été levée au vu d'une attestation faussement établie par l'entreprise Techni Chaud Froid ;
- le tribunal ne pouvait lui attribuer une part de responsabilité à hauteur de 50 % alors que l'expert a retenu sa responsabilité à hauteur de 5 % ; elle n'a même aucune part de responsabilité alors qu'elle était chargée des lots architecturaux, que le bureau d'études techniques (BET) Sudéquip devenu Otéis était chargé des lots techniques et que c'est le BET qui a émis la réserve sur le procès-verbal de réception et rédigé les procès-verbaux de chantier ;
- à titre subsidiaire, sa responsabilité sera limitée à hauteur de 5 % comme retenu par l'expert ;
- la commune a invoqué des préjudices devant le tribunal qu'elle n'a pas fait valoir au cours des opérations d'expertise et dont elle ne saurait obtenir la réparation dès lors qu'ils correspondent, soit à des travaux d'amélioration, soit à des frais de publicité et de mise en concurrence, soit encore à une indemnité réparant les troubles de jouissance résultant des dysfonctionnements, ces deux derniers préjudices n'étant pas au demeurant justifiés ; en conséquence, le préjudice de la commune ne saurait être évalué à une somme supérieure à celle retenue par l'expert, soit 145 526 euros ;

* en toute hypothèse :

- les sociétés Otéis, JCT, Techni Chaud Froid, LC Méditerranée et MMA seront condamnées à la relever et garantir à hauteur des pourcentages de responsabilité proposés par l'expert ;
- les conditions de mise en cause de la société Techni Chaud Froid en sa qualité de sous-traitante sur un fondement quasi-délictuel, sont remplies.

Par un mémoire en défense, enregistré le 3 août 2018, la SMABTP, représentée par Me Barnaud Campana, conclut :

- 1°) à l'incompétence de la juridiction administrative s'agissant des rapports entre elle et la société LC Méditerranée ;
- 2°) à la prononciation de sa mise hors de cause et au rejet de la requête ;
- 3°) à titre subsidiaire, si une condamnation devait être prononcée contre elle, elle appelle en garantie les succombants et demande à la Cour de dire qu'elle ne peut être tenue à garantie qu'aux conditions du contrat conclu avec sa sociétaire après déduction des franchises ;
- 4°) à la condamnation de la société Atelier Fernandez et Serres et toutes parties succombantes à lui verser la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Par un mémoire en défense, enregistré le 11 septembre 2018, la commune du Tholonet, représentée par Me Andréani, conclut au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société Atelier Fernandez et Serres de la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que les moyens de la requête ne sont pas fondés.

Par un mémoire, enregistré le 9 octobre 2018, la société Techni Chaud Froid (TCF), représentée par Me Tchiftbachian, conclut, à titre principal, au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société Atelier Fernandez et Serres de la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, à titre subsidiaire, à ce que les responsabilités dans la survenue des dommages soient réparties pour 22 % à la charge de la société LC Méditerranée, pour 22 % à la charge de la société Atelier Fernandez et Serres, pour 22 % à la charge de la société Otéis, pour 10 % à la charge de la société JCT et pour 24 % à sa charge et à ce que le montant du préjudice soit limité à la somme totale de 80 414 euros toutes taxes comprises.

Elle soutient que :

* à titre principal :

- les désordres étaient apparents à la réception du chantier, comme l'a relevé le tribunal et ni la SARL Atelier Fernandez et Serres, ni la société Otéis n'ont jugé utile d'alerter la commune, manquant ainsi à leur devoir de conseil ;
- l'appartenance à la requérante de s'assurer du bon fonctionnement de l'ouvrage à la date de la levée des réserves et de ne pas se limiter à accepter la remise d'une attestation ;
- la commune du Tholonet ne sollicite pas sa condamnation devant la Cour et les erreurs qu'elle a commises ne sauraient exonérer la société Atelier Fernandez et Serres ;
- elle n'est pas responsable de l'inaccessibilité de l'installation et de son manque de sécurité dès lors qu'en sa qualité de sous-traitante en charge de l'exécution, elle s'est conformée aux ordres et descriptifs fournis par la société LC Méditerranée et que la conception relevait des sociétés Sudéquip et Atelier Fernandez et Serres ;
- les vices étaient apparents ;
- elle n'a pas établi frauduleusement l'attestation permettant de lever les réserves dès lors que la société CIAT, intervenue le 15 décembre 2009 pour effectuer la mise en service, à sa demande, a seulement attiré son attention sur les désordres affectant l'installation au niveau de son accessibilité et de la sécurité des personnes mais n'a pas mentionné le non fonctionnement de l'ouvrage ;

* à titre subsidiaire :

- la Cour retiendra la responsabilité de la société LC Méditerranée à hauteur de 22 %, la responsabilité du BET pour 22 %, la responsabilité de la SARL Atelier Fernandez et Serres pour 22 % et celle de la société JCT pour 10 % ;
- elle ne pourra être condamnée à la reprise des éléments de structure alors qu'elle n'était en charge ni de leur conception, ni de leur exécution ;
- si la Cour devait entrer en voie de condamnation à son encontre, le montant du préjudice total de 80 414 euros devrait être réparti à hauteur de 17 691,08 euros pour la société LC Méditerranée, 17 691,08 euros pour la SARL Atelier Fernandez et Serres, 17 691,08 euros pour la société Sudéquip devenue Otéis, 8 041,40 euros pour la société JCT et 19 299,36 euros pour elle-même.

Par un mémoire en défense, enregistré le 8 novembre 2018, la société MMA Iard et la société MMA Iard Assurances Mutuelles, représentées par Me Drujon d'Astros, concluent, à titre principal, au prononcé de leur mise hors de cause, à titre subsidiaire, à la condamnation en solidum des sociétés Atelier Fernandez et Serres, Otéis venant aux droits de Sudéquip, LC Méditerranée, Techni Chaud Froid et JCT à les garantir de toutes condamnations prononcées à leur encontre et, en tout état de cause, à la mise à la charge de tout succombant de la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent que :

- * à titre principal :
- le jugement doit être confirmé ; les désordres étant apparents au moment de la réception, la garantie décennale ne peut être engagée ;
- elles doivent être mises hors de cause, la société Otéis ne formant aucune demande à leur encontre ; en tout état de cause, les désordres étant apparents, la garantie " dommages-ouvrage " n'a pas vocation à être mobilisée ;
- * à titre subsidiaire :
- si la Cour venait à les condamner, elles seraient alors fondées à demander la condamnation des sociétés Atelier Fernandez et Serres, Otéis, LC Méditerranée, Techni Chaud Froid et JCT à les relever et à les garantir, la responsabilité de ces entreprises étant engagée de manière incontestable.

Par un mémoire, enregistré le 11 juin 2019, la société JCT, représentée par Me Gomez, conclut, à titre principal, au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société Atelier Fernandez et Serres de la somme de 2 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, à titre subsidiaire, à la réformation du jugement en limitant le quantum du préjudice de la commune du Tholonet à la somme de 130 119 euros toutes taxes comprises et le montant de sa condamnation à la somme de 7 276 euros toutes taxes comprises correspondant à une part de responsabilité de 5 % comme proposé par l'expert, et au rejet de toute demande de condamnation à garantie formulée à son encontre.

Elle soutient que ;

- le jugement doit être confirmé en ce qu'il l'a mise hors de cause en l'absence de critique à cet égard développée par la SARL Atelier Fernandez et Serres et eu égard à l'absence de faute relevée à son encontre ;
- l'expert a relevé que la cause des désordres résidait en un défaut de conception et de mise en œuvre de l'installation ; or, seule la maintenance de l'ouvrage lui a été confiée par un contrat qui a pris effet au 1er février 2011 alors que l'ouvrage a été réceptionné le 18 novembre 2009 avec réserves et le 10 septembre 2010 sans aucune réserve ;
- à titre subsidiaire, c'est à tort que le tribunal a fixé le préjudice de la commune à la somme de 143 817 euros alors que l'expert l'a chiffré à la somme de 130 119 euros ;
- si la Cour venait à considérer qu'elle a commis une faute, sa responsabilité devra être limitée au pourcentage retenu par l'expert, soit 5 % ;
- toutes demandes de condamnation en solidum formées à son encontre doivent être rejetées dans la mesure où elle n'est pas un constructeur.

Par un mémoire en défense, enregistré le 1er août 2019, la société Otéis, représentée par Me Sorensen, conclut à titre principal, à l'annulation du jugement entrepris, au rejet de la demande de la commune du Tholonet et de toutes demandes de condamnations formulées à son encontre ainsi qu'à la mise à la charge de cette dernière de la somme de 8 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, à titre subsidiaire, à l'application des pourcentages de responsabilité proposés par l'expert judiciaire, à la condamnation, solidairement voire in solidum, des sociétés Techni Chaud Froid et Atelier Fernandez et Serres à la relever et à la garantir de toutes condamnations prononcées à son encontre ainsi qu'à la mise à la charge de ces dernières, solidairement voire in solidum, de la somme de 8 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative et au rejet de toutes demandes formulées contre elle par les parties.

Elle soutient que :

- le tribunal, qui a considéré tantôt que les conditions d'engagement de la responsabilité décennale étaient réunies tantôt qu'elles ne l'étaient pas, a tiré des conséquences contradictoires de ses propres constatations ;
- l'action de la commune du Tholonet est prescrite, celle-ci ayant attendu le 19 juin 2015 pour saisir le juge des référés du tribunal administratif de Marseille et engager sa responsabilité contractuelle alors qu'elle a constaté les dysfonctionnements de l'installation de chauffage et de climatisation dès le 18 novembre 2009, date de la réception prononcée avec réserves ;
- c'est à tort que le tribunal a estimé que sa responsabilité pour manquement à son obligation de conseil devait être engagée alors qu'aucune faute ne lui est imputable au moment de la réception des travaux ou de la levée des réserves ;
- le tribunal a, à tort, rejeté ses conclusions en appel en garantie dirigées contre la société Techni Chaud Froid dans la mesure où cette dernière n'a pas porté à la connaissance de la société Sudéquip, aux droits de laquelle elle vient, le rapport d'intervention de la société CIAT du 15 décembre 2009 ;
- contrairement à ce qu'a relevé le tribunal, la société Sudéquip n'a pas participé aux côtés de la société Atelier Fernandez et Serres aux opérations successives de la réception et le gérant de cette société a procédé le 10 septembre 2010, en l'absence de la société Sudéquip, à la levée des réserves figurant dans le procès-verbal de réception du 18 novembre 2009 ; c'est ainsi à tort que les premiers juges ont rejeté ses conclusions en appel en garantie dirigées contre la société Atelier Fernandez et Serres ;
- c'est encore à tort que le tribunal l'a condamnée à verser solidairement avec la société Techni Chaud Froid la somme de 1 000 euros à la SMABTP, mise hors de cause, dès lors qu'elle n'a dirigé contre elle aucune conclusion ;
- à titre subsidiaire, pour le cas où les demandes de la commune du Tholonet seraient jugées recevables et fondées par la Cour, les taux de responsabilité proposés par l'expert judiciaire devraient alors être retenus et elle serait ainsi seulement condamnée à verser 22 % à la collectivité ; en une telle hypothèse, la Cour devra condamner les sociétés Techni Chaud Froid et Atelier Fernandez et Serres à la relever et à la garantir de cette condamnation ;
- l'indemnité allouée à la commune du Tholonet ne saurait être supérieure au montant de l'évaluation faite par l'expert, soit les sommes de 130 119 euros toutes taxes comprises au titre des réparations et de 15 407 euros toutes taxes comprises au titre des préjudices et frais annexes ; en conséquence, les demandes au titre d'un devis complémentaire à hauteur de 9 000 euros correspondant à des travaux d'amélioration, au titre des formalités de publicité requises par le droit de la commande publique à hauteur de 4 000 euros et au titre du préjudice de jouissance lié à l'absence de chauffage et de climatisation à hauteur de 20 000 euros, non soumises à l'expertise, seront écartées.

II - Par une requête et un mémoire, enregistrés le 24 juillet 2018 et le 1er août 2019 sous le n° 18MA03459, la société Otéis, représentée par Me Sorensen, demande à la Cour :

- 1°) d'annuler le jugement n° 1608929 du 31 mai 2018 du tribunal administratif de Marseille ;
- 2°) à titre principal, de rejeter les demandes de la commune du Tholonet ;
- 3°) à titre subsidiaire, de juger que les condamnations prononcées à son encontre ne pourront l'être qu'à hauteur de 22 % conformément aux pourcentages de responsabilité proposés par l'expert ;
- 4°) dans tous les cas de condamner les sociétés Techni Chaud Froid et Atelier Fernandez et Serres à la relever et garantir de toute condamnation prononcée à son encontre ;
- 5°) en toute hypothèse, de mettre à leur charge la somme de 8 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- le tribunal, qui a considéré tantôt que les conditions d'engagement de la responsabilité décennale étaient réunies tantôt qu'elles ne l'étaient pas car les désordres étaient apparents, a tiré des conséquences contradictoires de ses propres constatations ;
- le tribunal aurait dû retenir la responsabilité décennale des désordres ;
- l'action de la commune du Tholonet est prescrite, celle-ci ayant attendu le 19 juin 2015 pour saisir le juge des référés du tribunal administratif de Marseille et engager sa responsabilité contractuelle alors qu'elle a constaté les dysfonctionnements de l'installation de chauffage et de climatisation dès le 18 novembre 2009, date de la réception prononcée avec réserves ;
- c'est à tort que le tribunal a estimé que sa responsabilité pour manquement à son obligation de conseil devait être engagée alors qu'aucune faute ne lui est imputable au moment de la réception des travaux ou de la levée des réserves ;
- le tribunal a, à tort, rejeté ses conclusions en appel en garantie dirigées contre la société Techni Chaud Froid dans la mesure où cette dernière a attesté de façon mensongère que la mise en service du roof top avait été effectuée par la société CIAT et qu'elle n'a pas porté à la connaissance de la société Sudéquip, aux droits de laquelle vient la société Otéis, le rapport d'intervention de la société CIAT du 15 décembre 2009 ;
- contrairement à ce qu'a relevé le tribunal, la société Sudéquip n'a pas participé aux côtés de la société Atelier Fernandez et Serres aux opérations successives de réception alors qu'elle soulignait en première instance, sans être contestée par la commune ni la SARL Atelier Fernandez et Serres que le 10 septembre 2010 le gérant de la SARL Atelier Fernandez et Serres avait levé les réserves qu'elle avait pris soin de mentionner dans le procès-verbal de réception du 18 novembre 2009, notamment celles concernant l'installation de chauffage et de climatisation, en l'absence de la société Sudéquip ;
- c'est encore à tort que le tribunal l'a condamnée à verser solidairement avec la société Atelier Fernandez et Serres la somme de 1 000 euros à la société SMABTP, mise hors de cause, dès lors qu'elle n'a dirigé contre elle aucune conclusion ;
- à titre subsidiaire, pour le cas où les demandes de la commune du Tholonet seraient jugées recevables et fondées par la Cour, les taux de responsabilité proposés par l'expert judiciaire devraient alors être retenus et sorte qu'elle pourrait être condamnée à ne payer que 22 % de l'indemnité à verser à la collectivité ;
- en une telle hypothèse, la Cour devra condamner les sociétés Techni Chaud Froid et Atelier Fernandez et Serres à la relever et à la garantir de cette condamnation ;
- l'indemnité allouée à la commune du Tholonet ne saurait être supérieure au montant de l'évaluation faite par l'expert, soit les sommes de 130 119 euros toutes taxes comprises au titre des réparations et de 15 407 euros toutes taxes comprises au titre des préjudices et frais annexes ; en conséquence, les demandes au titre d'un devis complémentaire à hauteur de 9 000 euros correspondant à des travaux d'amélioration, au titre des formalités de publicité requises par le droit de la commande publique à hauteur de 4 000 euros et au titre du préjudice de jouissance lié à l'absence de chauffage et de climatisation à hauteur de 20 000 euros, non soumises à l'expertise, seront écartées, ces demandes étant en outre non justifiées ;
- la responsabilité contractuelle de la société Otéis ne pouvait plus être recherchée par la commune, y compris pour un manquement au devoir de conseil, dès lors que le décompte général et définitif du marché avait été établi sans réserve.

Par un mémoire en défense, enregistré le 28 août 2018, la SMABTP, représentée par Me Barnaud Campana, conclut :

- 1°) à l'incompétence de la juridiction administrative s'agissant des rapports entre elle et la société LC Méditerranée ;
- 2°) à la prononciation de sa mise hors de cause et au rejet de la requête ;
- 3°) à titre subsidiaire, si une condamnation devait être prononcée contre elle, elle appelle en garantie les succombants et demande à la Cour de dire qu'elle ne peut être tenue à garantie qu'aux conditions du contrat conclu avec sa société après déduction des franchises ;
- 4°) à la condamnation de la société Otéis et toutes parties succombantes à lui verser la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Par un mémoire en défense, enregistré le 11 septembre 2018, la commune du Tholonet, représentée par Me Andréani, conclut au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société Otéis de la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient qu'aucun des moyens de la requête n'est fondé.

Par un mémoire en défense, enregistré le 8 novembre 2018, la société MMA Iard et la société MMA Iard Assurances Mutuelles, représentées par Me Drujon d'Astros, concluent, à titre principal, au prononcé de leur mise hors de cause, à titre subsidiaire, à la condamnation in solidum des sociétés Atelier Fernandez et Serres, Otéis venant aux droits de Sudéquip, LC Méditerranée, Techni Chaud et Froid et JCT à les garantir de toutes condamnations prononcées à leur encontre et, en tout état de cause, à la mise à la charge de tout succombant de la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles soutiennent que :

* à titre principal :

- le jugement doit être confirmé, la garantie décennale ne pouvant être engagée eu égard au caractère apparent des désordres au moment de la réception ;
- elles doivent être mises hors de cause, la société Otéis ne formant aucune demande à leur encontre ; en tout état de cause, les désordres étant apparents, la garantie " dommages-ouvrage " n'a pas vocation à être mobilisée ;

* à titre subsidiaire :

- si la Cour venait à les condamner, elles seraient alors fondées à demander la condamnation des sociétés Fernandez et Serres, Otéis, LC Méditerranée, Techni Chaud Froid et JCT à les relever et à les garantir de toute condamnation, la responsabilité de ces entreprises étant engagée de manière incontestable.

Par un mémoire en défense, enregistré le 5 juillet 2019, la société Techni Chaud Froid (TCF), représentée par Me Tchiffbachian, conclut, à titre principal, au rejet de la requête et à la mise à la charge de la société Otéis de la somme de 3 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative, à titre subsidiaire, à ce que les responsabilités dans la survenue des dommages soient réparties pour 22 % à la charge de LC Méditerranée, pour 22 % à la charge de la société Atelier Fernandez et Serres, pour 22 % à la charge de la société Otéis, pour 10 % à la charge de la société JCT, entreprise de maintenance, et pour 24 % à sa charge.

Elle soutient que :

* à titre principal :

- les désordres étaient apparents à la réception du chantier, comme l'a relevé le tribunal et ni la SARL Atelier Fernandez et Serres, ni la société Otéis n'ont jugé utile d'alerter la commune du Tholonet, manquant ainsi à leur devoir de conseil ;

- il appartenait à la requérante de s'assurer du bon fonctionnement de l'ouvrage à la date de la levée des réserves et de ne pas se limiter à accepter la remise d'une attestation ;

- la commune du Tholonet ne sollicite pas sa condamnation devant la Cour et les erreurs qu'elle a commises ne sauraient exonérer la société Otéis avec laquelle elle n'a aucun lien contractuel ;

- elle n'est pas responsable de l'inaccessibilité de l'installation et de son manque de sécurité dès lors que, en sa qualité de sous-traitante en charge de l'exécution, elle s'est conformée aux ordres et descriptifs fournis par la société LC Méditerranée et que la conception relevait des sociétés Sudéquip et Atelier Fernandez et Serres ;

- elle n'a pas établi frauduleusement l'attestation permettant de lever les réserves dès lors que la société CIAT, intervenue le 15 décembre 2009 pour effectuer la mise en service, à sa demande, a seulement attiré son attention sur les désordres affectant l'installation au niveau de son accessibilité et de la sécurité des personnes mais n'a pas mentionné le non fonctionnement de l'ouvrage ;

* à titre subsidiaire :

- elle ne pourra pas être condamnée à la reprise des éléments de structure dès lors qu'elle n'était en charge ni de leur conception, ni de leur exécution ;

- la Cour retiendra la responsabilité de la société LC Méditerranée à hauteur de 22 % équivalente à celle du bureau d'études techniques (BET), la responsabilité de la société Otéis pour 22 % et celle de la société JCT pour 10 % ;

- si la Cour devait entrer en voie de condamnation à son encontre, le montant du préjudice total de 80 414 euros devrait être réparti à hauteur de 17 691,08 euros pour la société LC Méditerranée, 17 691,08 euros pour la SARL Atelier Fernandez et Serres, 17 691,08 euros pour la société Otéis, 8 041,40 euros pour la société JCT et 19 299,36 euros pour elle-même.

Par un arrêt n° 18MA03343 du 8 février 2021, la cour administrative d'appel de Marseille a mis la SMABTP hors de cause, a annulé l'article 5 du jugement du tribunal, et a rejeté le surplus de la requête.

Par une décision du 10 juin 2022 le Conseil d'Etat, saisi d'un pourvoi présenté pour la société Otéis, et d'un pourvoi provoqué présenté pour la SARL Atelier Fernandez et Serres a annulé l'article 3 de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Marseille du 8 février 2021, en tant qu'il rejette les conclusions d'appel des sociétés Otéis et Atelier Fernandez et Serres, et a renvoyé l'affaire, dans cette mesure, devant la même Cour. Il a estimé qu'en écartant l'exception de prescription soulevée par la société Otéis au motif que la commune du Tholonet avait été mise en mesure d'identifier l'origine des désordres affectant l'installation de chauffage et de climatisation de l'ouvrage et non la manifestation du dommage, la Cour avait entaché son arrêt d'une erreur de droit.

Par un mémoire, enregistré après renvoi le 23 juin 2022, la société Mutuelle d'Assurances du Bâtiment et des Travaux Publics (SMABTP), représentée par Me Barnaud Campana, demande à la Cour :

1°) de se déclarer incompétente pour statuer à son égard ;

2°) de confirmer le jugement du tribunal administratif de Marseille du 31 mai 2018 ;

3°) de la mettre hors de cause ;

4°) à titre subsidiaire, de réduire les sommes demandées par la commune du Tholonet ;

5°) à titre infiniment subsidiaire, de condamner les sociétés TCF, Sudéquip devenue Otéis, SARL Atelier Fernandez et Serres et JCT à la relever et garantir de toute condamnation prononcée à son encontre ;

6°) de mettre à la charge de la société Otéis, de la SARL Fernandez et Serres et de toutes parties succombantes la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

- la juridiction administrative est incompétente pour statuer à son égard, en sa qualité d'assureur compte tenu de l'existence d'un contrat de droit privé ;

- la requête est insuffisamment motivée ;

- elle devra être mise hors de cause, en l'absence de toute demande formulée à son encontre ;

- l'expert judiciaire n'a retenu aucune responsabilité de son sociétaire la société LC Méditerranée qui a été mise en liquidation judiciaire ;

- c'est seulement dans le cadre d'une responsabilité décennale qu'elle est tenue de garantir son sociétaire.

Par des mémoires, enregistrés après renvoi le 13 juillet 2022 et le 9 novembre 2022, la société Otéis, représentée par Me Mahy-Ma-Somga, demande à la Cour :

* à titre principal :

1°) d'annuler les articles 1 à 4, 6 et 7 du jugement du tribunal administratif de Marseille ;

2°) de rejeter les demandes de la commune du Tholonet ;

3°) de rejeter l'ensemble des demandes dirigées contre elle des sociétés Techni Chaud Froid (TCF), JCT et Atelier Fernandez et Serres ;

* à titre subsidiaire :

4°) de réduire sa responsabilité à hauteur de 22 % des sommes allouées à la commune ;

5°) de condamner les sociétés TCF et Atelier Fernandez et Serres à la relever et garantir de toute condamnation qui serait prononcée à son encontre ;

* en tout état de cause :

6°) de mettre à la charge de la commune du Tholonet, de la société TCF et de la SARL Atelier Fernandez et Serres la somme de 8 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

* à titre principal :

- l'action de la commune du Tholonet est prescrite sur le fondement de l'article 2224 du code civil alors que les désordres se sont manifestés en cours de chantier, qu'ils ont justifié qu'une réserve soit faite le 18 novembre 2009 et qu'ils ont été signalés le 9 mars 2010 ; contrairement à ce que fait valoir la commune du Tholonet c'est le délai de prescription de droit commun de l'article 2224 du code civil qui s'applique et non le délai spécial de prescription décennale alors que la société Otéis intervient en qualité de maître d'œuvre et non de constructeur au sens des articles 1792 et suivants du code civil ;

- la responsabilité contractuelle du maître d'œuvre ne pouvait pas être recherchée après la notification du décompte général et définitif ;

* à titre subsidiaire :

- la société Otéis n'a pas commis de faute ;

- la commune n'est pas non plus fondée à lui reprocher une fraude ou un dol dans l'exécution du contrat alors qu'il n'est pas démontré qu'elle aurait volontairement renoncé au contrôle lui incombant ;

- la commune du Tholonet qui a aussi fait preuve de négligence lors de la réception de l'ouvrage a commis une faute qui l'exonère totalement de sa responsabilité ;

- ainsi que l'a à bon droit jugé le tribunal les désordres étaient apparents et la commune ne pouvait donc pas engager sa responsabilité décennale ;

* à titre infiniment subsidiaire :

- sa responsabilité sera limitée à 22 % comme préconisé par l'expert ;

- la commune a invoqué des préjudices devant le tribunal qu'elle n'a pas fait valoir au cours des opérations d'expertise et dont elle ne saurait obtenir la réparation dès lors qu'ils correspondent, soit à des travaux d'amélioration, soit à des frais de publicité et de mise en concurrence, soit encore à une indemnité réparant les troubles de jouissance résultant des dysfonctionnements ; en conséquence, le préjudice de la commune ne saurait être évalué à une somme supérieure à celle retenue par l'expert, soit 145 526 euros ;

- si des condamnations étaient prononcées à son encontre elle sera garantie par la société TCF qui a manqué aux règles de l'art et a délivré une information erronée sur la mise en service de l'installation ainsi que par la SARL Atelier Fernandez et Serres qui est la seule responsable de la levée des réserves ;

- contrairement à ce que fait valoir la société TCF, alors même qu'elle n'a pas de lien contractuel avec elle, elle pourra la relever et garantir sur le fondement de la responsabilité délictuelle, alors qu'elle a dissimulé des informations au maître d'œuvre en ne portant pas à sa connaissance le rapport d'intervention de la société CIAT service méditerranée du 15 décembre 2009 ou son courrier du 23 décembre 2009.

Par un mémoire, enregistré après renvoi le 25 août 2022, la société JCT, représentée par Me Gomez, demande à la Cour :

* à titre principal :

1°) de confirmer le jugement attaqué ;

2°) de condamner la SARL Atelier Fernandez et Serres et la société Otéis à verser à la société JCT la somme de 2 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

* à titre subsidiaire :

3°) de limiter les sommes accordées à la commune du Tholonet à la somme de 130 119 euros toutes taxes comprises telle que fixée par l'expert judiciaire et de limiter la somme mise à la charge de la société JCT à 5 % des condamnations prononcées, soit 7 276 euros ;

4°) de rejeter toute demande de condamnation en garantie à son encontre.

Elle fait valoir que :

* à titre principal :

- c'est à bon droit que le tribunal a écarté sa responsabilité ;

- l'action en responsabilité délictuelle ne peut pas être engagée à son encontre alors qu'elle n'est pas intervenue dans le cadre de l'opération de construction ;

- l'action en responsabilité contractuelle est prescrite sur le fondement de l'article 2224 du code civil ;

* à titre subsidiaire :

- les condamnations seront limitées à la somme de 130 119 euros retenue par l'expert judiciaire et les sommes mises à sa charge seront limitées à 5 % des condamnations prononcées, soit 7 276 euros ;

- la MMA, assureur dommage-ouvrages ne justifie pas de sa qualité de subrogée et ses demandes sont donc irrecevables ;

- aucune condamnation solidaire ne sera prononcée à son encontre alors qu'elle n'a pas la qualité de constructeur et que la solidarité ne se présume point.

Par un mémoire, enregistré après renvoi le 29 août 2022, la société Techni Chaud Froid (TCF), représentée par Me Tchiftbachian, demande à la Cour :

* à titre principal :

1°) de confirmer le jugement attaqué ;

2°) de rejeter toute demande formée à son encontre ;

3°) de condamner tout succombant à lui verser la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

* à titre subsidiaire :

4°) de limiter sa responsabilité à hauteur de 10 % ;

5°) de rejeter toute demande formée à son encontre sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

* à titre principal :

- elle n'a pas commis de faute et s'est bornée à se conformer au cahier des clauses techniques particulières (CCTP) et aux plans du maître d'œuvre conformément à l'article 3-1 du contrat de sous-traitance qui la lie à la société LC Méditerranée ;

- il s'agissait en outre d'un vice apparent qui n'a fait l'objet d'aucune réserve à la réception ;

- il n'est pas démontré qu'elle ait fourni une fausse attestation permettant la levée des réserves ;

- c'est à bon droit que le tribunal a estimé que la commune ne pouvait pas se prévaloir de la méconnaissance du contrat de sous-traitance qu'elle a conclu avec la société LC Méditerranée ; la commune ne formule d'ailleurs aucune demande à son encontre en appel ;

- à supposer que l'existence d'une faute soit admise, elle ne saurait être regardée comme étant en lien avec les préjudices invoqués qui résultent des manquements du maître d'œuvre ;

* à titre subsidiaire :

- si sa responsabilité devait être retenue, elle sera limitée à 10 %.

Par un mémoire, enregistré après renvoi le 29 août 2022, la SARL Atelier Fernandez et Serres, représentée par Me Hugon de Villers, demande à la Cour :

* à titre principal :

1°) de rejeter les demandes de la commune du Tholonet ;

* à titre subsidiaire :

2°) de condamner la société Otéis à la relever et garantir de toute condamnation qui serait prononcée à son encontre sur un fondement contractuel ;

3°) de condamner les sociétés Otéis, LC Méditerranée, TCF, JCT et MMA à la relever et garantir de toute condamnation qui serait prononcée à son encontre sur un fondement décennal ;

* à titre infiniment subsidiaire :

4°) de limiter sa responsabilité à 5 % des condamnations encourues ;

5°) de condamner in solidum la commune du Tholonet, les sociétés Otéis, LC Méditerranée, TCF, JCT et MMA à lui verser la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle soutient que :

* à titre principal :

- l'action en responsabilité contractuelle est prescrite en application de l'article 2224 du code civil ;

* à titre subsidiaire :

- c'est à tort que le tribunal a estimé que les désordres étaient apparents ;

- aucune faute ne peut lui être reprochée concernant la conception technique de l'installation et c'est donc à tort que le tribunal l'a déclarée responsable ;

* à titre très subsidiaire :

- elle demande à être garantie totalement par la société Otéis, ou à défaut à hauteur de 95 % des condamnations prononcées sur le fondement contractuel ;

- elle demande à être entièrement garantie par les sociétés Otéis, JCT, TCF, LC Méditerranée et MMA des condamnations prononcées sur le fondement décennal, et à défaut, à hauteur de 95 %.

Par des mémoires, enregistrés après renvoi les 10 octobre 2022 et 12 décembre 2022, la commune du Tholonet, représentée par Me Andréani, demande à la Cour :

1°) de rejeter les requêtes des sociétés Atelier Fernandez et Serres et Otéis ;

2°) de mettre à la charge des parties perdantes la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elle fait valoir que :

- seules les dispositions de la prescription décennale de l'article 1792-4-3 du code civil sont applicables, s'agissant d'une action en responsabilité contractuelle du maître d'ouvrage contre les constructeurs et leurs sous-traitants ; et la prescription décennale n'était pas acquise alors que la réception a été prononcée le 10 septembre 2010 et qu'elle a saisi le juge des référés le 19 juin 2015, puis le juge du fond le 14 novembre 2016 ;

- contrairement à ce que soutient la société Otéis cette dernière a nécessairement la qualité de constructeur au sens de l'article 1792-1 du code civil auquel renvoie l'article 1792-4-3 du même code ;

- ce n'est que postérieurement à la levée des réserves que les désordres sont apparus dans toute leur ampleur et leurs conséquences ; la responsabilité décennale de constructeurs ainsi que celle de la MMA IARD, assureur dommage ouvrage qui a refusé de garantir la commune devra donc être engagée ; elle est recevable à se fonder sur la garantie décennale, le cas échéant par le biais de l'appel provoqué ;

- elle renvoie à ses précédentes écritures.

Par un mémoire, enregistré après renvoi le 7 novembre 2022, la SA MMA IARD et la société MMA IARD Assurances Mutuelles, représentées par Me Drujon d'Astros, demandent à la Cour :

* à titre principal :

1°) de les mettre hors de cause ;

2°) en tout état de cause, de rejeter les requêtes des sociétés Atelier Fernandez et Serres et Otéis ;

3°) en tout état de cause, de rejeter les appels en garantie de la SARL Atelier Fernandez et Serres et de les débouter de toute demande à leur encontre ;

* à titre subsidiaire :

4°) de condamner in solidum les sociétés Atelier Fernandez et Serres, Otéis venant aux droits de la société Sudéquip, LC Méditerranée, TCF et JCT à les relever et garantir de toute condamnation mise à leur charge ;

5°) en tout état de cause, de mettre à la charge de la SARL Atelier Fernandez et Serres ou tout succombant la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Elles font valoir que :

- la société Otéis ne conteste pas le jugement en tant qu'il a écarté la responsabilité décennale ; et la commune du Tholonet qui n'a pas fait d'appel incident n'est plus recevable à demander le bénéfice de la garantie décennale après cassation ;
- les désordres étaient apparents à la date de la réception ;
- la société Otéis ne forme aucune demande à leur encontre et elle devront être mises hors de cause ;
- l'appel en garantie de la SARL Atelier Fernandez et Serres qui concerne un contrat de droit privé relève de la compétence du juge judiciaire ; elles ne sauraient être appelées en garantie alors que le contrat qui les lie à la commune du Tholonet est une assurance dommage ouvrage et que le tribunal a écarté la garantie décennale des constructeurs et a engagé la responsabilité contractuelle des maîtres d'œuvre ; en outre seul le maître d'ouvrage assuré peut actionner la garantie de l'assureur dommage ouvrage ;
- à titre infiniment subsidiaire, elles demandent à être garanties de toute condamnation qui serait prononcée à leur encontre par les sociétés Atelier Fernandez et Serres, Otéis, LC Méditerranée, TCF et JCT.

Par ordonnance du 15 décembre 2022, la clôture d'instruction a été fixée au 16 janvier 2023 à midi.

Par un courrier du 2 mai 2023 les parties ont été informées, en application des dispositions de l'article R. 611-7 du code de justice administrative, de ce que l'arrêt était susceptible d'être fondé sur le moyen relevé d'office suivant :

- dans l'hypothèse où la situation des sociétés TCF, MMA IARD et MMA IARD Assurances mutuelles n'est pas aggravée en appel, leurs conclusions présentées à l'encontre d'autres intimés sont des conclusions d'appel provoqué irrecevables.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

- le code des marchés publics ;
- le code civil ;
- le décret n° 78-1306 du 26 décembre 1978 ;
- le code de justice administrative.

Les parties ont été régulièrement averties du jour de l'audience.

Ont été entendus au cours de l'audience publique :

- le rapport de Mme Isabelle Gougot, rapporteure,
- les conclusions de M. Olivier Guillaumont, rapporteur public,
- et les observations de Me Hugon de Villers, pour la SARL Atelier Fernandez et Serres, de Me Delbourg, pour la société Otéis, de Me Tosi, pour la commune du Tholonet, et de Me Barnaud, pour la SMABTP.

Considérant ce qui suit :

1. Par acte d'engagement du 23 mars 2007, la commune du Tholonet a confié une mission de maîtrise d'œuvre pour l'aménagement de la halle de la Palette et d'une place de marché au groupement conjoint composé, d'une part, du bureau d'études techniques (BET) la société Sudéquip, aux droits de laquelle vient la société Otéis et, d'autre part, de la SARL Atelier Fernandez et Serres architectes, mandataire du groupement. Cette mission a été complétée par un avenant du 7 mars 2008 pour la création d'une salle polyvalente au-dessus de la halle. Par acte d'engagement du 9 décembre 2008, le lot n° 1 " clos couvert, finitions " du marché de construction de la halle et de la salle polyvalente a été confié à la société LC Méditerranée qui a conclu avec la société Techni Chaud Froid (TCF) un contrat de sous-traitance le 31 juillet 2009. Les ouvrages ont été réceptionnés sur proposition du maître d'œuvre par la commune du Tholonet le 18 novembre 2009 sous réserves, notamment sous la réserve n° 12 d'essais pour la climatisation et le chauffage. Le 10 septembre 2010, l'ensemble des réserves a été levé en présence du représentant légal du maître d'ouvrage et un procès-verbal de levée de réserves a été signé par le titulaire du marché, la société LC Méditerranée et le maître d'ouvrage. Par jugement du 31 mai 2018, le tribunal administratif de Marseille a condamné solidairement, d'une part la société Atelier Fernandez et Serres et, d'autre part, la société Otéis venant aux droits de la société Sudéquip à verser à la commune du Tholonet la somme de 143 817 euros, assortie des intérêts, et a condamné les mêmes sociétés à se garantir mutuellement pour moitié des condamnations solidaires ainsi prononcées à leur encontre, a mis à leur charge solidaire les frais et honoraires d'expertise et a rejeté le surplus de leurs conclusions. La SARL Atelier Fernandez et Serres et la société Otéis ont relevé appel de ce jugement et la commune du Tholonet n'a pas fait d'appel incident. Par un arrêt du 8 février 2021, la Cour, à l'article premier de son arrêt a mis hors de cause la SMABTP, à l'article 2 a annulé l'article 5 du jugement et à l'article 3 a rejeté le surplus des conclusions des parties. Mais, saisi d'un pourvoi par la société Otéis et d'un pourvoi provoqué par la SARL Atelier Fernandez et Serres, le Conseil d'Etat a annulé l'article 3 de l'arrêt de la Cour, en tant qu'il rejette les conclusions d'appel des sociétés Otéis et Atelier Fernandez et Serres, et a renvoyé l'affaire à la Cour dans cette mesure.

Sur les conclusions de la SMABTP :

2. Ainsi qu'il a été dit au point 1, l'arrêt de la cour administrative d'appel du 8 février 2021, qui est devenu définitif sur ce point, a mis hors de cause la SMABTP. Par suite, il n'y a plus lieu de statuer sur les conclusions formulées par la SMABTP dans son mémoire enregistré après cassation qui tendent à sa mise hors de cause.

Sur les conclusions d'appel principal de la SARL Atelier Fernandez et de la société Otéis :

En ce qui concerne l'action décennale et la responsabilité trentenaire des constructeurs pour fraude ou dol :

3. Il résulte des principes qui régissent la garantie décennale des constructeurs que des désordres apparus dans le délai d'épreuve de dix ans, de nature à compromettre la solidité de l'ouvrage ou à le rendre impropre à sa destination dans un délai prévisible, engagent leur responsabilité, même s'ils ne se sont pas révélés dans toute leur étendue avant l'expiration du délai de dix ans.

4. La société Otéis soutient que le tribunal administratif aurait dû retenir la qualification de désordres de nature décennale laquelle aurait permis de mobiliser la garantie de l'assureur. Elle conteste en outre, comme la SARL Atelier Fernandez et Serres, le caractère apparent des désordres. Toutefois, ainsi que l'a à bon droit relevé le tribunal, il résulte de l'instruction et notamment du rapport d'expertise que les désordres du système de chauffage qui concernent l'absence de liaison entre le boîtier de commande et la pompe à chaleur, le mauvais positionnement du thermostat, l'absence de bouche d'évacuation d'air vicié de capacité suffisante, l'absence de bouches de reprises pour alimenter le caisson, l'encaissement de la pompe à chaleur, rendant difficile la mise en service de la machine, sa maintenance et son entretien sont apparus au cours du chantier, ont justifié l'émission d'une réserve lors de la réception des travaux du 18 novembre 2009, ont fait l'objet de plusieurs signalements entre le 18 novembre 2009 et le 10 septembre 2010, et ont perduré après la levée des réserves. Eu égard à leur nature, à leur importance relevée par l'expert, et aux constats effectués, de tels désordres doivent être regardés comme ayant été apparents lors des opérations de réception du 18 novembre 2009 et le demeureraient à la levée des réserves effectuée le 10 septembre 2010, date de réception définitive des ouvrages. Par suite, et en tout état de cause, c'est à bon droit que le tribunal a estimé que les conclusions de la commune du Tholonet, présentées sur le terrain de la garantie décennale, ne pouvaient qu'être rejetées.

5. Par ailleurs, l'expiration du délai de l'action en garantie décennale ne décharge pas les constructeurs de la responsabilité qu'ils peuvent encourir, en cas de fraude ou de dol, dans l'exécution de leur contrat, dont la mise en œuvre n'est soumise qu'à la prescription trentenaire édictée à l'article 2262 du code civil, et la circonstance que les agissements constitutifs de fraude ou de dol seraient imputables à un sous-traitant est sans influence sur la responsabilité que l'entrepreneur encourt à ce titre envers le maître de l'ouvrage pendant trente ans. Toutefois, s'il est constant que le maître d'œuvre et la société LC Méditerranée avaient signé le procès-verbal de réception sur le fondement d'une attestation établie le 19 mai 2010 par la société TCF, sous-traitante, de la société LC Méditerranée, mentionnant que l'installation avait été mise en service, ce seul fait n'est pas suffisant pour caractériser l'existence de manœuvres des maîtres d'œuvre ou de la société LC Méditerranée visant délibérément à induire en erreur la commune et constituant une fraude ou d'un dol, eu égard à la nature des désordres décrits au point 4, qui ne se limitaient pas à la défectuosité de la mise en service mais consistaient en de nombreuses erreurs techniques qualifiées de " grossières " par l'expert, non sérieusement contesté sur ce point, qui a estimé que l'installation avait " été faite en total irrespect de toutes les règles de l'art de pose et de maintenance de centrale frigorifique de toiture ". Par suite, et en tout état de cause, c'est également à bon droit que le tribunal a rejeté les conclusions de la commune du Tholonet présentées sur un tel fondement.

En ce qui concerne l'action contractuelle pour manquement du maître d'œuvre à son devoir de conseil :

Quant à la prescription :

6. D'une part, aux termes de l'article 2224 du code civil résultant de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile : " Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ". D'autre part, l'article 1792-4-3 du code civil crée par la loi du 17 juin 2008 dispose que : " En dehors des actions régies par les articles 1792-3, 1792-4-1 et 1792-4-2, les actions en responsabilité dirigées contre les constructeurs désignés aux articles 1792 et 1792-1 et leurs sous-traitants se prescrivent par dix ans à compter de la réception des travaux. "

7. L'article 1792-4-3 du code civil figurant dans une section du code civil relative aux devis et marchés et inséré dans un chapitre consacré aux contrats de louage d'ouvrage et d'industrie, a vocation à s'appliquer aux actions en responsabilité dirigées par le maître de l'ouvrage contre les constructeurs ou leurs sous-traitants. Contrairement à ce que soutient la société Otéis, le maître d'œuvre a la qualité de constructeur au sens des dispositions précitées de l'article 1792-4-3 du code civil. Par suite, la commune du Tholonet est fondée à soutenir que ce sont les dispositions de l'article 1792-4-3 du code civil, et non celles de l'article 2224 du même code, qui s'appliquent à l'action contractuelle qu'elle a engagée à l'encontre de la société Otéis, maître d'œuvre.

8. La réception des travaux ayant été prononcée le 10 septembre 2010, les sociétés Otéis et Atelier Fernandez et Serres ne sont donc pas fondées à soutenir que l'action de la commune du Tholonet engagée sur le fondement contractuel par une demande enregistrée le 14 novembre 2016, après la saisine du juge des référés en vue de la désignation d'un expert, le 19 juin 2015, soit dans le délai de dix ans énoncé par l'article 1792-4-3 du code civil, serait prescrite.

Quant au décompte général et définitif :

9. D'une part, il appartient au maître de l'ouvrage, lorsqu'il lui apparaît que la responsabilité de l'un des participants à l'opération de construction est susceptible d'être engagée à raison de fautes commises dans l'exécution du contrat conclu avec celui-ci, soit de surseoir à l'établissement du décompte jusqu'à ce que sa créance puisse y être intégrée, soit d'assortir le décompte de réserves. A défaut, si le maître d'ouvrage notifie le décompte général du marché, le caractère définitif de ce décompte fait obstacle à ce qu'il puisse obtenir l'indemnisation de son préjudice éventuel sur le fondement de la responsabilité contractuelle du constructeur, y compris lorsque ce préjudice résulte de désordres apparus postérieurement à l'établissement du décompte. Il lui est alors loisible, si les conditions en sont réunies, de rechercher la responsabilité du constructeur au titre de la garantie décennale et de la garantie de parfait achèvement lorsque celle-ci est prévue au contrat.

10. D'autre part, aux termes de l'article 12.31 du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de prestations intellectuelles (CCAG-PI) approuvé par décret n° 78-1306 du 26 décembre 1978, auquel renvoie l'article 2 du cahier des clauses administratives particulières (CCAP) : " Après réception, (...) le titulaire doit adresser à la personne responsable du marché le projet de décompte correspondant aux prestations fournies. Le montant du décompte est arrêté par la personne responsable du marché si celle-ci modifie le projet de décompte présenté par le titulaire, elle lui notifie le décompte retenu ". Si ces dispositions de l'article 12.31 du CCAG-PI prévoient qu'une fois le projet de décompte transmis par le titulaire, le montant du décompte est arrêté par la personne responsable du marché, elles n'impliquent pas que la validation du projet soit formalisée par une décision explicite lorsque le maître d'ouvrage auquel le titulaire a transmis son projet de décompte ne le modifie pas et procède au versement des sommes correspondantes. Toutefois, selon l'article 4-2.6 du CCAP : " Après constatation de l'achèvement de sa mission dans les conditions prévues à l'article 9-2 du présent CCAP, le titulaire adresse à la PRM [personne responsable du marché] le projet de décompte correspondant aux prestations fournies [...] Ce projet de décompte est envoyé à la PRM par lettre recommandée avec accusé de réception ou remis contre récépissé. [...] La PRM notifie au titulaire le décompte du marché avant la plus tardive des deux dates ci-après : -15 jours à compter de la réception du décompte ; - 10 jours à compter de la publication de l'index de référence permettant la révision du solde. Le décompte du marché devient définitif après acceptation expresse ou tacite par le titulaire. ". Et l'article 9-2 précise que : " ... L'achèvement de la mission fait l'objet d'une décision établie par la PRM sur demande du titulaire ". Il résulte, par suite, des dispositions de l'article 4-2.6 du CCAP, applicables au marché en litige et dérogoires à l'article 12.31 du CCAG-PI, que le décompte ne peut devenir définitif sans projet de décompte régulièrement notifié après constatation de l'achèvement des travaux et sans décision explicite du maître de l'ouvrage.

11. Dans ces conditions, en se bornant à se prévaloir d'un décompte général et définitif non signé, de deux " note d'honoraires " n° 5-solde " et " n 8 - solde ", établies le 27 juillet 2012 par la société Ginger Sudéquip aux droits de laquelle vient la société Otéis, et de deux courriers de la commune du Tholonet du 28 juin 2013 précisant avoir mandaté les sommes correspondantes, la société Otéis qui ne démontre pas avoir adressé son projet de décompte après l'achèvement de la mission constatée par une décision de la PRM, par lettre recommandée avec accusé de réception ou par remise contre récépissé, conformément aux stipulations contractuelles citées au point précédent, n'apporte pas la preuve de l'existence d'un décompte général et définitif. Au surplus, les pièces invoquées concernent seulement les prestations de la société Otéis et non l'ensemble des prestations du groupement de maîtrise d'œuvre, incluant celles effectuées par la SARL Atelier Fernandez et Serres. La société Otéis n'est dès lors pas fondée à se prévaloir de l'existence d'un décompte général et définitif qui ferait obstacle à ce que la commune puisse obtenir l'indemnisation de son préjudice sur le fondement de la responsabilité contractuelle du constructeur.

Quant à la responsabilité du maître d'œuvre pour manquement à son devoir de conseil lors de la réception des travaux :

S'agissant du principe de responsabilité :

12. La responsabilité des maîtres d'œuvre pour manquement à leur devoir de conseil peut être engagée, dès lors qu'ils se sont abstenus d'appeler l'attention du maître d'ouvrage sur des désordres affectant l'ouvrage et dont ils pouvaient avoir connaissance, en sorte que la personne publique soit mise à même de ne pas réceptionner l'ouvrage ou d'assortir la réception de réserves. Il importe peu, à cet égard, que les vices en cause aient ou non présenté un caractère apparent lors de la réception des travaux, dès lors que le maître d'œuvre en avait eu connaissance en cours de chantier.

13. Il résulte de l'instruction d'une part, que l'expert judiciaire, mandaté par le tribunal administratif de Marseille, a constaté des dysfonctionnements du système de chauffage et a relevé des désordres relatifs à l'absence de liaison entre le boîtier de commande et la pompe à chaleur, au mauvais positionnement du thermostat, à l'absence de bouche d'évacuation d'air vicié de capacité suffisante, à l'absence de bouches de reprises pour alimenter le caisson, et à l'encaissement de la pompe à chaleur, rendant difficile la mise en service de la machine, sa maintenance et son entretien. L'expert a également constaté que le débit d'air nécessaire pour le fonctionnement du système, de 3 500 à 4 000 m3 par heure, n'était pas assuré par l'installation. Il a estimé, ainsi qu'il a déjà été dit, que l'installation avait été faite " en tout irrespect de toutes les règles de l'art de pose et de maintenance de centrale frigorifique de toiture " et que les dysfonctionnements constatés étaient la conséquence d'une mauvaise conception de l'installation, résultant d'" erreurs grossières ". Un état des lieux effectué par un ingénieur conseil, versé en annexe au rapport d'expertise, précise que les problèmes de fonctionnement émanaient essentiellement de l'inaccessibilité de la pompe à chaleur, de l'absence de reprise d'air, et d'une erreur de conception de la diffusion d'air. Ces constatations expertales ne sont pas sérieusement contestées. Lors des opérations de réception du 18 novembre 2009, une réserve a été émise concernant le " manque essai climatisation chauffage ", sans que soit toutefois précisée la raison pour laquelle le système n'avait pu être testé. Ces dysfonctionnements sont apparus au cours du chantier, ont fait l'objet de plusieurs signalements entre le 18 novembre 2009 et le 10 septembre 2010, et ont perduré après la levée des réserves. Ces désordres trouvaient leur origine à la fois dans des défauts de conception de l'installation et dans des défauts d'exécution. Au regard de leur nature et de leur étendue, ces malfaçons faisaient manifestement obstacle au bon fonctionnement de l'installation et à son entretien, comme l'a relevé l'expert. Ainsi, la réserve posée par le maître d'œuvre lors de la réception des travaux du 18 novembre 2009, limitée au constat de l'absence de test de l'installation, ne permettait pas de rendre compte des vices de conception et d'exécution à l'origine des dysfonctionnements affectant l'ensemble du système de chauffage et de climatisation. Une telle réserve ne permettait pas davantage d'alerter utilement le maître d'ouvrage sur l'ampleur des vices constatés et leurs conséquences probables. Dès lors, en s'abstenant d'attirer l'attention du maître d'ouvrage sur de tels vices, qui remettaient en cause le bon fonctionnement, le contrôle et la maintenance de l'installation, laquelle n'était donc pas conforme aux prescriptions du marché, le maître d'œuvre a manqué gravement à son obligation de conseil et d'alerte vis-à-vis du maître d'ouvrage. D'autre part, il résulte de l'instruction qu'au cours de la période qui s'est écoulée entre le procès-verbal de réception et la levée des réserves, soit entre le 18 novembre 2009 et le 10 septembre 2010, des problèmes de fonctionnement de la climatisation ont été relevés à plusieurs reprises par la société Sudéquip, aux droits de laquelle vient la société Otéis, et par le maire de la commune du Tholonet. Dans le compte rendu de chantier n° 65 du 16 décembre 2009 et dans le compte rendu de chantier n° 66 du 5 janvier 2010, il était ainsi mentionné " le chauffage est en panne - le remettre en route et reprendre les dysfonctionnements ". Par un courrier du 9 mars 2010, le maire a notamment alerté la société Atelier Fernandez et Serres sur le fait que la pompe à chaleur connaissait toujours des problèmes de fonctionnement et que le chauffage ne marchait pas. Dans ces conditions, le maître d'œuvre qui avait nécessairement eu connaissance desdits désordres au cours du chantier ne pouvait, sans manquer à ses obligations, prononcer la levée des réserves le 10 septembre 2010, au seul motif que le sous-traitant avait produit une attestation de mise en service. La SARL Atelier Fernandez et Serres et la société Otéis ne peuvent à cet égard utilement se prévaloir de la circonstance, à la supposer même établie, que les désordres étaient apparents, qui est inopérante lorsqu'est en cause la responsabilité des maîtres d'œuvre pour manquement à leur devoir de conseil, ainsi qu'il a été dit au point 12. Par ailleurs, la société Otéis n'est pas fondée à soutenir que les premiers juges auraient tiré des conséquences contradictoires de leurs constatations en écartant la responsabilité décennale des constructeurs compte tenu du caractère apparent des désordres, dont le maître d'œuvre avait nécessairement connaissance, mais en relevant que le maître d'ouvrage de son côté n'en avait relevé la présence persistante qu'après la réception, ce qui n'exclut nullement leur entière connaissance par le maître d'œuvre ainsi qu'il a été dit au point 12.

14. Il résulte de ce qui précède que la commune du Tholonet est fondée à soutenir que le maître d'œuvre a manqué à son obligation de conseil, en s'abstenant d'appeler son attention sur des défauts de conception et d'exécution qui auraient justifié qu'elle ne réceptionne pas l'ouvrage ou qu'elle assortisse la réception de réserves et que ce manquement est de nature à engager la responsabilité contractuelle du groupement de maîtrise d'œuvre pour réparer les préjudices qu'elle a subis.

S'agissant de la faute du maître d'ouvrage :

15. La société Otéis soutient que la commune du Tholonet aurait commis une faute de nature à l'exonérer de sa responsabilité au motif qu'elle ne pouvait ignorer que les désordres constatés en 2009 et 2010 n'avaient pas été réparés. Mais, il résulte de l'instruction, et notamment du rapport d'expertise, que ces désordres, qui concernent ainsi qu'il a été dit aux points 4 et 13 l'absence de liaison entre le boîtier de commande et la pompe à chaleur, le mauvais positionnement du thermostat, l'absence de bouche d'évacuation d'air vicié de capacité suffisante, l'absence de bouches de reprises pour alimenter le caisson, l'encaissement de la pompe à chaleur, rendant difficile la mise en service de la machine, sa maintenance et son entretien, étaient d'ordre suffisamment technique pour ne pas être identifiés par une commune de moins de 2 500 habitants, dépourvue de services à compétence spécialisée. Il ne saurait par ailleurs être reproché à la commune de ne pas s'être assurée que l'installation fonctionnait normalement, alors qu'ainsi qu'il a été dit au point 13, il résulte des comptes rendus de chantier du 16 décembre 2009 et du 5 janvier 2010 que le maître de l'ouvrage avait demandé de réparer les dysfonctionnements et qu'au regard de l'attestation établie le 19 mai 2010 par la société TCF selon laquelle elle aurait " fait exécuter la mise en service de roof top par la société CIAT et [son] technicien ", la commune a pu considérer que les interventions utiles avaient eu lieu compte tenu de la réserve sommaire du maître d'œuvre lors de la réception du 18 novembre 2009, qui se bornait à relever " manque essai climatisation chauffage ".

S'agissant du montant de l'indemnité :

16. Du fait de son manquement à son devoir de conseil auprès du maître d'ouvrage, le maître d'œuvre a privé la commune du Tholonet de la possibilité de ne pas réceptionner les ouvrages ou d'émettre des réserves. Le maître d'ouvrage a dès lors droit à l'indemnisation des frais de remise en état de l'installation de chauffage-climatisation ainsi que l'a à bon droit relevé le tribunal.

17. Il résulte de l'instruction, notamment du rapport d'expertise, que la remise en état de l'installation comprend la reprise des éléments de structure et la reprise de l'installation de climatisation. Le montant des travaux de reprise de l'installation est justifié par des devis joints au rapport d'expertise, et s'élève à 130 119 euros toutes taxes comprises. En outre, les frais engagés par la commune du Tholonet auprès d'un ingénieur conseil pour remettre à niveau l'installation, à hauteur de 5 640 euros toutes taxes comprises, les frais engagés pour reconfigurer l'accès à la toiture, pour un montant de 1 500 euros toutes taxes comprises, et les frais afférents à la mise à niveau de l'installation électrique, pour un montant de 4 428 euros toutes taxes comprises, sont directement liés à la remise en état de l'installation et ouvrent également droit à indemnisation. La commune du Tholonet a droit, en outre, à la réparation des préjudices subis du fait des mesures d'urgence prises pour pallier les défaillances du système de chauffage, qui résultent directement de la faute commise par le maître d'œuvre. Elle invoque à cet égard la location de chauffages d'appoint, dont elle justifie le montant par des factures à hauteur de 2 130 euros toutes taxes comprises.

18. En revanche, les frais correspondant aux " travaux non compris ", mentionnés dans un devis estimatif de la société SITEC pour un montant de 9 000 euros, ne présentent pas un caractère certain en rapport avec les désordres en cause. Le descriptif des travaux mentionnés dans ce devis ne permet pas d'établir que ces travaux seraient distincts des travaux de reprise déjà pris en compte pour la remise en état de l'installation, ou, dans le cas contraire, seraient justifiés. Par ailleurs, la commune ne justifie pas du montant des frais de passation du nouveau marché qu'elle invoque pour 4 000 euros. En outre, il ne résulte pas de l'instruction que les frais d'intervention de CIAT services en 2014 et les frais d'intervention de la société ECS Provence pour une sonde de dégivrage résulteraient directement de fautes commises par le maître d'œuvre. Par suite, il sera fait une juste appréciation du préjudice subi par la commune du Tholonet en le fixant à 143 817 euros toutes taxes comprises.

19. Par ailleurs, la commune du Tholonet invoque un préjudice de jouissance, résultant de la défaillance du système de chauffage, non compensé par le recours à des chauffages d'appoint, pour un montant de 20 000 euros, mais elle ne fournit pas d'éléments suffisamment précis permettant d'apprécier la réalité et le montant de ce préjudice. Sa demande sur ce point devra dès lors être rejetée.

20. Il résulte de tout ce qui précède que les sociétés Atelier Fernandez et Serres et Otéis ne sont pas fondées à soutenir que c'est à tort que le tribunal les a solidairement condamnées, en tant que membres du groupement de maîtrise d'œuvre, à verser à la commune du Tholonet la somme de 143 817 euros toutes taxes comprises.

Quant aux appels en garantie :

21. En premier lieu, le préjudice subi par le maître d'ouvrage qui a été privé de la possibilité de refuser la réception des ouvrages ou d'assortir cette réception de réserves, du fait d'un manquement du maître d'œuvre à son obligation de conseil, et dont ce dernier doit réparer les conséquences financières, n'est pas directement imputable aux manquements aux règles de l'art commis par les entreprises en cours de chantier. Il suit de là que la SARL Atelier Fernandez et Serres n'est pas fondée à appeler en garantie la société LC Méditerranée, la société JCT et la société d'assurances MMA.

22. Toutefois, la société Otéis et la SARL Atelier Fernandez et Serres demandent à être relevées et garanties de toute condamnation par la société Techni Chaud Froid en se prévalant du caractère erroné de l'attestation du 19 mai 2010 établie par celle-ci, évoquée au point 5, et en soutenant que cette dernière se serait abstenue de porter à leur connaissance le rapport d'intervention du 15 décembre 2009 de la société CIAT, fournisseur. Mais, cette attestation, établie plusieurs mois avant la levée des réserves, qui se borne à faire état d'une mise en service et d'une " permutation hiver/été ", ne fait référence à aucun rapport d'intervention et n'était pas accompagnée d'un tel document, contrairement à ce qui est allégué. Elle n'était donc pas suffisamment précise sur le déroulé des opérations de vérification et les résultats des essais pratiqués. Une telle attestation n'a pu ainsi induire en erreur la maîtrise d'œuvre, qui ne pouvait, eu égard aux missions qui lui étaient confiées et notamment celle d'assistance au maître de l'ouvrage lors des opérations de réception, se contenter de tels éléments sans même solliciter de complément d'information à son auteur et opérer des vérifications plus précises. Par ailleurs, la réserve posée par le maître d'œuvre lors de la réception des travaux du 18 novembre 2009, limitée à la mention " manque essai climatisation chauffage ", ne permettait pas de rendre compte utilement au maître d'ouvrage des vices à l'origine des dysfonctionnements affectant l'ouvrage et de leurs conséquences. Dans ces circonstances, le préjudice subi par le maître d'ouvrage, privé de la possibilité de refuser la réception des ouvrages ou d'assortir cette réception de réserves du fait d'un manquement de la maîtrise d'œuvre à son obligation de conseil, et dont cette dernière doit réparer les conséquences financières, n'est pas directement imputable aux manquements aux règles de l'art commis par la société Techni Chaud Froid en cours de chantier et aux informations fournies sur la mise en service de l'installation. Par suite, la société Otéis et la SARL Atelier Fernandez et Serres ne sont pas fondées à appeler en garantie la société Techni Chaud Froid.

23. En second lieu, la société Atelier Fernandez et Serres et la société Otéis, toutes deux membres du groupement conjoint de maîtrise d'œuvre, présentent des actions en garantie l'une envers l'autre.

24. Cependant, contrairement à ce que soutient la société Otéis, il résulte de l'instruction et notamment de l'acte d'engagement que la SARL Atelier Fernandez et Serres et la société Otéis, étaient chargées chacune pour moitié de la mission d'assistance aux opérations de réception (AOR). Et ainsi qu'il a été dit aux points 4 et 13 les vices affectant le système de chauffage et de climatisation étaient liés à des défauts de conception et d'installation et n'étaient pas limités à des défaillances techniques de la pompe à chaleur. De plus ces vices étaient suffisamment importants pour empêcher tout fonctionnement normal de l'installation. Il résulte du rapport de l'expertise diligentée devant le tribunal administratif que la société Atelier Fernandez et Serres et la société Sudéquip, aux droits de laquelle vient la société Otéis ont toutes deux eu connaissance des dysfonctionnements du système et ont participé aux opérations successives de réception. Dans ces conditions, la société Atelier Fernandez et Serres, présente lors des opérations de levée des réserves du 10 septembre 2010, était en mesure d'identifier et de signaler les malfaçons à l'origine des dommages subis par la commune du Tholonet. Si la société Atelier Fernandez et Serres fait valoir sa qualité d'architecte en soutenant qu'elle n'était pas chargée de la conception technique de l'installation, eu égard à la nature et à l'étendue des malfaçons décrites ci-dessus, elle était en mesure de les identifier et de procéder à leur signalement au maître d'ouvrage. Par suite, la société Atelier Fernandez et Serres, qui a elle-même manqué à ses obligations d'information et de contrôle, n'est pas fondée à soutenir que la faute de la société Sudéquip serait de nature à l'exonérer de toute responsabilité. De même, la société Otéis, venue aux droits de la société Sudéquip, qui, ainsi que cela ressort du rapport d'expertise, est à l'origine de divers manquements durant l'installation, le contrôle et la mise en service du système de chauffage et de climatisation, ne peut sérieusement soutenir que la levée des réserves opérée, selon elle, sous la responsabilité de la société Atelier Fernandez et Serres, laquelle était chargée de la représenter ainsi qu'il a été dit au point 1, serait de nature à l'exonérer de toute responsabilité. Et la circonstance que la société Atelier Fernandez et Serres aurait procédé à la levée des réserves sans son consentement n'est pas établie. En outre, la société Sudéquip n'a pas signalé au maître de l'ouvrage l'étendue des vices qui affectaient l'ouvrage, alors qu'elle était en mesure de le faire dès lors que les malfaçons étaient apparentes lors des premières opérations de réception. Enfin, la SARL Atelier Fernandez et Serres n'est pas fondée à se prévaloir de la circonstance que l'expert n'aurait retenu sa responsabilité qu'à hauteur de 5 % tandis qu'il a fixé celle de Sudéquip devenue Otéis à 22 % alors que cette répartition de responsabilité ne concerne pas la responsabilité des maîtres d'œuvre pour manquement à leur devoir de conseil, seule ici retenue.

25. Par suite, et ainsi que l'a jugé le tribunal, la société Atelier Fernandez et Serres et la société Otéis ont toutes deux manqué à leur obligation d'alerte et de conseil du maître d'ouvrage. Les préjudices résultant de ces fautes leur sont donc également imputables, à hauteur de 50 % chacune.

26. Il résulte de tout ce qui précède que la société Otéis et la SARL Atelier Fernandez et Serres, membres du groupement de maîtrise d'œuvre, ne sont pas fondées à soutenir que c'est à tort que le tribunal les a solidairement condamnées à verser à la commune du Tholonet la somme de 143 817 euros toutes taxes comprises et à se garantir mutuellement pour moitié des condamnations prononcées à leur encontre.

Sur les conclusions d'appel provoqué :

27. La situation des sociétés Techni Chaud Froid, MMA IARD et MMA IARD Assurances mutuelles n'étant pas aggravée en appel, leurs conclusions présentées à l'encontre d'autres intimés sont des conclusions d'appel provoqué irrecevables.

Sur les frais liés au litige :

28. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de laisser à la charge de chacune des parties à l'instance les frais exposés par elles et non compris dans les dépens.

D É C I D E :

Article 1er : Il n'y a plus lieu de statuer sur les conclusions d'appel de la SMABTP présentées après cassation.

Article 2 : Les requêtes de la société Otéis et de la SARL Atelier Fernandez et Serres sont rejetées.

Article 3 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 4 : Le présent arrêt sera notifié à la société Atelier Fernandez et Serres, à la société Otéis, à la commune du Tholonet, à la société JCT, à la société Techni Chaud Froid, à la SMABTP, à la société MMA Iard, à la société MMA Iard Assurances Mutuelles et à Me Verrecchia liquidateur de la société LC Méditerranée.

Copie en sera adressée à M. A... B..., expert.

Délibéré après l'audience du 22 mai 2023, où siégeaient :

- M. Alexandre Badie, président de chambre,
- Mme Isabelle Gougot, première conseillère,
- Mme Isabelle Ruiz, première conseillère.

Rendu public par mise à disposition au greffe, le 5 juin 2023.

N° 22MA01654

02

Analyse

▼ Abstrats

CETAT39-05-02-01-02 Marchés et contrats administratifs. - Exécution financière du contrat. - Règlement des marchés. - Décompte général et définitif. - Effets du caractère définitif.

CETAT39-06-01-01 Marchés et contrats administratifs. - Rapports entre l'architecte, l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage. - Responsabilité des constructeurs à l'égard du maître de l'ouvrage. - Questions générales.

CETAT39-06-01-02 Marchés et contrats administratifs. - Rapports entre l'architecte, l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage. - Responsabilité des constructeurs à l'égard du maître de l'ouvrage. - Responsabilité contractuelle.

CETAT39-06-01-05 Marchés et contrats administratifs. - Rapports entre l'architecte, l'entrepreneur et le maître de l'ouvrage. - Responsabilité des constructeurs à l'égard du maître de l'ouvrage. - Responsabilité trentenaire.