

# Responsabilité décennale et marchés publics : état des lieux

L'analyse de la jurisprudence récente permet de faire le point sur les conditions d'engagement de la responsabilité décennale, à la fois sur les débiteurs de la responsabilité décennale, sur la nature des désordres ouvrant droit à réparation, sur les éléments de l'ouvrage couverts, et enfin sur les conditions de décompte du délai de la garantie décennale.

La règle est bien connue des professionnels de la construction : une fois la réception de l'ouvrage prononcée, et sous réserve d'exceptions – qui ne sont pas si rares<sup>(1)</sup>, la responsabilité contractuelle des constructeurs prend fin pour céder la place à leur responsabilité décennale.

La circonstance qu'un ouvrage soit réalisé dans le cadre d'un contrat administratif ne change pas ce régime de responsabilité. En effet, depuis longtemps déjà, le juge administratif fait application des « principes dont s'ins-

(1) Il faut ainsi exciper les réserves énoncées lors de la réception, qui maintiennent les relations contractuelles pour les sujets qu'elles concernent si le marché ne prévoit pas de stipulations expresses contraires [CAA Bordeaux 26 avril 2018, Commune de Vayres, req. n° 16BX01207 – voir également CE 26 janvier 2007, Sté Mas Entreprise Générale, req. n° 264306 : *Rec. CE tables* – CE 16 janvier 2012, Commune du Château d'Oléron, req. n° 352122 : *Rec. CE tables*] ou encore les désordres qui apparaissent pendant la garantie de parfait achèvement, qui, dans les marchés publics, est une garantie contractuelle [CE 9 juillet 2010, Commune de Lorry-Metz, req. n° 310032 : *Rec. CE tables* – CAA Paris 21 mars 2017, Société Interoute Nouvelle-Calédonie, req. n° 15PA03715]. En outre, la réception ne met pas un terme complet à la responsabilité contractuelle du maître d'œuvre, qui peut être recherchée même après la réception de l'ouvrage pour les erreurs commises dans le cadre de sa mission de conseil et d'assistance à l'occasion des opérations de réception, de celle liée à l'établissement du décompte du marché de travaux [CE 27 septembre 2006, Sté GTM construction, req. n° 269925].

## Auteur

### Rachel Cattier

Avocate of counsel, AdDen avocats

### Maxime Phéline

Avocat, AdDen avocats

## Mots clés

Délai de garantie • Désordres non apparents • Responsabilité décennale • Réserves

pirent » les articles 1792 et suivants du Code civil aux travaux réalisés dans le cadre de marchés publics<sup>[2]</sup>.

Ces articles énoncent que tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination.

L'engagement de cette responsabilité représente souvent des enjeux financiers importants. Non seulement les débiteurs de cette responsabilité doivent s'assurer pour la couvrir, mais les acheteurs publics doivent vérifier au moment de la passation de leurs marchés que leurs prestataires dont la responsabilité décennale peut être engagée sont bien assurés à ce titre<sup>[3]</sup>. Anticiper le champ d'application exact de la responsabilité décennale est donc essentiel pour bien préparer l'exécution de ses marchés.

Les nombreux contentieux, administratifs et judiciaires d'ailleurs, offrent régulièrement des illustrations concrètes de l'appréciation qui est faite de chacune de ses conditions d'engagement. Si le juge administratif utilise pour l'essentiel les règles énoncées par le texte des articles 1792 et suivants du Code civil comme les principes dégagés par le juge judiciaire, on constate cependant quelques divergences, qui profitent généralement au maître d'ouvrage public.

Cet article se propose d'effectuer un tour d'horizon des conditions d'engagement de la responsabilité décennale, à la fois sur les débiteurs de la responsabilité décennale, sur la nature des désordres ouvrant droit à réparation, sur les éléments de l'ouvrage couverts, et enfin sur les conditions de décompte du délai de la garantie décennale.

## Les débiteurs de la responsabilité décennale

Aux termes de l'article 1792-1 du code civil, outre le vendeur d'un immeuble qui l'a construit ou qui l'a fait construire, est réputé constructeur de l'ouvrage tout architecte, entrepreneur, technicien ou autre personne liée au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage, y compris son mandataire s'il accomplit une mission d'un locateur d'ouvrage.

Si la responsabilité décennale n'est pas une responsabilité contractuelle, elle est paradoxalement conditionnée à l'existence antérieure d'un contrat de louage d'ouvrage ayant lié les parties. Par conséquent, la nullité de celui-ci empêchera l'engagement de la responsabilité décennale, ledit contrat de louage d'ouvrage étant alors réputé n'avoir jamais existé<sup>[4]</sup>. Également, la responsabilité dé-

centennale du sous-traitant ne pourra pas être recherchée en faute pour celui-ci d'être lié par un contrat au maître d'ouvrage<sup>[5]</sup>.

Un contrat de louage d'ouvrage, appelé encore contrat d'entreprise, est un contrat qui charge son titulaire d'une obligation de faire, c'est-à-dire de réaliser l'ouvrage<sup>[6]</sup> : sont concernés les marchés publics de travaux bien entendu, mais aussi les marchés publics de services, notamment de prestations intellectuelles<sup>[7]</sup>, ainsi que les marchés publics de fournitures non standardisées ou avec des obligations d'installation ou de pose dès lors qu'ils concourent à la réalisation d'un ouvrage<sup>[8]</sup>. Un fournisseur d'un équipement de l'ouvrage, qu'il a spécialement conçu pour l'ouvrage et/ou dont il a assuré l'installation, peut donc être débiteur de la garantie décennale<sup>[9]</sup>.

Partant, le juge vérifie que le titulaire du contrat a bien participé à la conception ou à la réalisation de l'ouvrage comme l'a récemment illustré le Conseil d'État. Ainsi une société qui ne se voit chargée que du contrat d'exploitation du service offert au sein de l'ouvrage, mais qui n'a pas participé à sa conception ou à la réalisation des travaux, n'est pas débitrice de la responsabilité décennale<sup>[10]</sup>. Au contraire, le titulaire d'un marché d'assistance à maîtrise d'ouvrage qui a exécuté une mission de direction de l'exécution des travaux et d'assistance aux opérations de réception a la qualité de constructeur dont la responsabilité décennale peut être recherchée<sup>[11]</sup>. Le juge recherche ensuite si le dommage est imputable aux missions confiées par le contrat, sans que l'identification d'une faute soit nécessaire<sup>[12]</sup>.

Il faut donc prendre garde aux situations ambiguës. Par exemple, il n'est pas inhabituel que le maître d'ouvrage souhaite associer le futur occupant ou exploitant de l'ouvrage aux opérations de conception ou de réalisation des

[5] CE 30 juin 1999, Commune Voreppe, req. n° 163435 – CE 25 juin 2004, Commune de Gap, req. n° 221563. Pour les intervenants à la réalisation de l'ouvrage avec lequel le maître d'ouvrage n'a pas contracté directement, le juge administratif semble reconnaître une voie d'action permettant d'engager leur responsabilité quasi-délictuelle, à condition de démontrer une violation des règles de l'art ou la méconnaissance de dispositions législatives et réglementaires (CAA Bordeaux 15 mars 2018, Communauté de communes Cœur du Bocage, req. n° 15BX01915).

[6] C. civ., art. 1710.

[7] CE 21 février 2011, Sté ICADE 3GA, req. n° 330515.

[8] L'article 1792-4 du Code civil vise d'ailleurs directement ces contrats de fournitures particuliers.

[9] CAA Lyon 2 novembre 2017, Cercle de la base de défense de Valence, req. n° 16LY00420.

[10] CE 9 mars 2018, Commune de Rennes-les-Bains, req. n° 406205 : *Rec. CE* tables.

[11] Même arrêt : CE 9 mars 2018, Commune de Rennes-les-Bains, req. n° 406205 : *Rec. CE* tables.

[12] CAA Nantes, 21 septembre 2018, commune de Nantes, req. n° 17NT02256 : « Cette garantie est due par les constructeurs, en l'absence même de faute imputable à ces derniers, dès lors que les désordres peuvent être regardés comme leur étant imputables au titre des missions qui leur ont été confiées par le maître de l'ouvrage dans le cadre de l'exécution des travaux litigieux. »

[2] CE ass. 2 février 1973, Trannoy, req. n° 82706, *Rec. CE* p. 95.

[3] Code des assurances, art. L. 241-1.

[4] CAA Bordeaux 26 octobre 2010, Groupama Atlantique assurance, req. n° 09BX00357.

travaux, afin de l'inciter à émettre toutes les réserves que son regard opérationnel rend évidemment utiles : pour éviter l'engagement de sa responsabilité décennale, le futur occupant ou exploitant doit s'assurer que les termes du contrat organisant ses interventions ne lui donnent qu'un rôle consultatif ou indicatif, sans le faire participer à la conception ou à la réalisation de l'ouvrage.

## Les désordres non apparents au moment de la réception, compromettant la solidité de l'ouvrage ou le rendant impropre à sa destination

La responsabilité décennale couvre les désordres qui n'étaient pas apparents au moment de la réception des travaux et qui soit compromettent la solidité de l'ouvrage, soit le rendent impropre à destination.

Les désordres apparents au moment de la réception sont exclus du champ d'application de la responsabilité décennale parce qu'en prononçant la réception sans les réserver, le maître d'ouvrage est réputé avoir accepté l'ouvrage en l'état, en renonçant à solliciter réparation des désordres qu'il ne pouvait ignorer<sup>[13]</sup>.

Un désordre dont seulement certaines manifestations de faible ampleur étaient identifiables au moment de la réception, comme par exemple l'inclinaison légère d'un mur, mais qui s'aggrave considérablement dans les mois suivants la réception, ne sera pas considéré comme apparent<sup>[14]</sup>. Au contraire, le caractère apparent du vice sera retenu s'il ne devait pas échapper au maître de l'ouvrage normalement vigilant, notamment par l'effet d'un contrôle visuel<sup>[15]</sup> ou encore par des tests de fonctionnement<sup>[16]</sup>. En principe, Les vices qui peuvent être identifiés par de tels contrôles doivent être soulignés à l'attention du maître de l'ouvrage par le maître d'œuvre au titre de son devoir contractuel de conseil au moment des opérations de réception.

Attention, sont également considérés apparents les désordres peut-être non visibles physiquement, mais que le maître d'ouvrage ne pouvait pas ignorer, parce qu'ils ont été portés à sa connaissance pendant l'exécution des travaux par exemple – et il commet alors une imprudence grave en prononçant la réception de l'ouvrage malgré tout, imprudence qui exonère même le maître d'œuvre de sa responsabilité contractuelle au titre de son devoir de conseil<sup>[17]</sup>.

[13] CE 9 juin 1989, SIVOM de la région Havraise, req. n° 73946.

[14] CAA Douai 19 mars 2018, Société Apave, req. n° 17DA00939.

[15] CE 28 janvier 2011, Cabinet d'étude Marc Merlin, req. n° 330693.

[16] CAA Bordeaux 3 mars 2011 M. X, req. n° 10BX01293

[17] CAA Nancy 30 janvier 2018, Commune de Saint-Dié-des-Vosges, req. n° 16NC02728.

Si des mécanismes raisonnables permettent au maître d'ouvrage d'appeler en garantie son maître d'œuvre quant aux désordres que celui-ci n'aurait pas identifiés à l'occasion de la réception, le juge n'accepte pas un total désengagement du maître d'ouvrage : la présence d'un maître d'œuvre ne délie pas le maître d'ouvrage de son devoir de vigilance, qui doit le conduire à vérifier que la réception est assortie de toutes les réserves correspondant aux sujets dont il a eu connaissance.

Les désordres doivent enfin soit compromettre la solidité de l'ouvrage, soit le rendre impropre à sa destination. Une mission d'expertise peut être diligentée pour déterminer la nature exacte des conséquences des désordres. Les exemples jurisprudentiels ne manquent pas : ainsi, un phénomène d'oxydation affectant les éléments de charpente métalliques d'une piscine porte atteinte à la solidité de l'ouvrage ; tandis que des défauts de conformité aux normes de sécurité d'un bâtiment hospitalier accueillant du public peuvent le rendre impropre à sa destination, et ce alors même que le bâtiment en cause a été mis en service<sup>[18]</sup>.

## L'ouvrage... et ses équipements

Les dommages causés aux équipements de l'ouvrage peuvent être couverts par le régime de la responsabilité décennale. En fonction des conséquences du dommage, c'est-à-dire la compromission de la solidité d'un équipement ou l'impropriété à destination de l'ouvrage de son entier, la responsabilité décennale ne couvre cependant pas les mêmes éléments d'équipement.

Si la solidité d'un équipement est en cause, seuls les dommages affectant un équipement indissociable de l'ouvrage seront couverts par la responsabilité décennale. Pour l'article 1792-2 du Code civil, ces éléments d'équipement doivent alors faire « indissociablement corps avec les ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert », ce qui est le cas lorsque leur dépose, leur démontage ou leur remplacement ne peut s'effectuer « sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage ». Il s'agit donc d'une indissociabilité physique. Constituent des équipements indissociables de l'ouvrage une couverture thermique d'un bassin aquatique ou encore des auvents en bois vissés à l'ouvrage dans des plateformes en béton armé.

Les autres équipements, ceux dissociables, relèvent de la garantie de bon fonctionnement d'une durée de deux ans si leur solidité est compromise.

Si un équipement rend un ouvrage dans son entier impropre à destination, tous les équipements sont visés, indissociables ou non : un dommage affectant un équipement dissociable de l'ouvrage peut rendre celui-ci impropre à destination dans son ensemble, parce que l'équipement est en fait indissociable fonctionnellement de l'ouvrage.

[18] CAA Bordeaux 13 septembre 2018, Centre hospitalier de Montauban, req. n° 15BX02772.

Ainsi, lorsque l'impropriété à destination est en cause, le juge judiciaire ne recherche pas si l'équipement est dissociable ou non physiquement de l'ouvrage : les désordres affectant les vasques des salles de bains d'un hôtel, le rendant impropre à sa destination, engageront la responsabilité décennale des intervenants à l'acte de construire sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur le caractère dissociable ou non des dites vasques<sup>[19]</sup>.

Le juge administratif applique cette distinction faite par les textes, en retenant que les principes dont s'inspirent les articles 1792 et suivants du Code civil visent les équipements dissociables de l'ouvrage, dès lors qu'ils rendent l'ouvrage impropre à sa destination<sup>[20]</sup>. Ainsi, les désordres affectant des gradins télescopiques d'une salle polyvalente et qui empêchent l'exploitation normale de la salle la rendent impropre à sa destination et relèvent de la garantie décennale plutôt que biennale<sup>[21]</sup>. Les désordres affectant des stores intégrés dans les volumes vitrés d'une bibliothèque la rendent impropre à destination, à défaut de permettre des conditions d'étude et de lecture adaptées en fonction de l'ensoleillement<sup>[22]</sup>. Récemment, le juge administratif d'appel de Bordeaux a offert une illustration intéressante de ce principe en en faisant application aux dommages affectant un groupe électrogène assurant l'alimentation électrique de secours d'une usine de traitement de l'eau : la destination de cette usine interdite toute interruption de fonctionnement, de telle sorte que les désordres affectant cet équipement de secours la rendent impropre à sa destination<sup>[23]</sup>. L'analyse dépendra aussi de l'étendue des dommages : le juge a considéré qu'un groupe électrogène de secours d'une maison de retraite, dont la puissance n'était pas suffisante pour alimenter tous ses équipements, et notamment les ascenseurs, ne rendait pas pour autant cette maison de retraite impropre à destination dans son ensemble, dès lors que les chambres des pensionnaires, les appareils de cuisine et les locaux communs étaient bien alimentés par cet équipement de secours<sup>[24]</sup>.

Le juge judiciaire vient d'étendre la responsabilité décennale non seulement aux équipements installés au moment de la réalisation de l'ouvrage, mais aussi aux équipements installés sur existant. Par une série d'arrêtés adoptés entre 2016 et 2018, intéressant des installations de chauffage d'habitations individuelles (inserts, pompes à chaleur, poêles à bois) installées après que l'ouvrage ait été réalisé et réceptionné, la Cour de cassation a modifié sa jurisprudence antérieure pour

considérer que le régime de responsabilité décennale couvre « les désordres affectant des éléments d'équipement, dissociables ou non, d'origine ou installés sur existant »<sup>[25]</sup>. Cette acception nouvelle est susceptible de soumettre à la garantie décennale de nombreux équipements d'aménagement, qu'il s'agisse de cuisine, de salle de bains, d'installations de ventilation, de climatisation ou encore de fermetures ou d'ascenseurs, et ce même s'ils interviennent sur un bâti déjà réalisé.

Le juge administratif ne s'est pas prononcé précisément sur le sujet des éléments d'équipement installés sur un bâti déjà réalisé, mais il a cependant jugé que des travaux de réfection d'un ouvrage existant engagent la responsabilité décennale de celui qui en est chargé<sup>[26]</sup>. Il est ainsi probable qu'il réserve la même approche aux éléments d'équipement installés après la livraison de l'ouvrage, ce qui imposera aux praticiens de l'achat publics de vérifier les assurances de ces intervenants.

## Le fonctionnement du délai de garantie

L'article 1792-4-1 du Code civil fixe un délai de dix ans à compter de la date de réception de l'ouvrage pour engager cette responsabilité.

Il s'agit d'un délai « d'épreuve et d'action » : non seulement les dommages couverts doivent apparaître dans ce délai de dix ans, mais en outre l'action en responsabilité décennale doit être engagée par le maître d'ouvrage avant l'expiration de ce délai.

Les dommages qui se révèlent après l'expiration de ce délai décennal ne donnent donc pas lieu à indemnisation. Toutefois, contrairement au juge judiciaire<sup>[27]</sup>, le juge administratif admet l'indemnisation des dommages dits « futurs », c'est-à-dire les dommages apparus dans le délai de dix ans et dont il est certain que, dans un délai prévisible, ils compromettront la solidité de l'ouvrage ou le rendront impropre à sa destination, même si cette situation ne se réalise complètement qu'après l'expiration

[19] Cass. 3<sup>e</sup> civ., 23 janvier 1991, Résidence Maubuisson, pourvoi n° 88-20.221.

[20] CE 8 décembre 1999, Société Borg Warner, req. n° 138651 : *Rec. CE tables*.

[21] CAA Versailles 7 juin 2005, Sté Bérin, req. n° 03VE02415.

[22] CAA Lyon 15 novembre 2012, Sté Paralu, req. n° 11LY02971.

[23] CAA Bordeaux 8 février 2018, SERTAD, req. n° 15BX01701 – pourvoi non admis : CE 3 octobre 2018 société 2H Energy, req. n° 419680..

[24] CAA Nantes 9 mai 2008, Commune de Cap Sizun, req. n° 07NT01200.

[25] Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 juillet 2018, pourvoi n° 17-19.371 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 25 janvier 2018, pourvoi n° 16-10.050 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 décembre 2017, pourvoi n° 16-10.820 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 octobre 2017, pourvoi n° 16-18.120 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 septembre 2017, pourvoi n° 16-17.323 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 15 juin 2017, pourvoi n° 16-19.640 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 avril 2016, pourvoi n° 15-15.441.

[26] CE 11 décembre 2013, Commune de Courcival c/ S2E, req. n° 364311 : *Rec. CE tables* – CAA Nantes 12 mars 2015, Commune de Courcival c/ S2E, req. n° 13NT03415.

[27] Cass. 3<sup>e</sup> civ., 16 mars 2010, Société Sauret, pourvoi n° 09-11.660.

du délai de dix ans<sup>[28]</sup>. Sur ce point, le maître d'ouvrage public est donc mieux protégé que le maître d'ouvrage privé.

Enfin, le juge administratif fait application des règles de prescription et d'interruption des délais de prescription fixées notamment par l'article 2248 du Code civil qui énonce qu'une prescription est interrompue par la reconnaissance par le débiteur de sa responsabilité. Cependant, encore faut-il que cette reconnaissance de responsabilité soit univoque et indiscutable. Par exemple, la circonstance qu'un entrepreneur réalise des travaux de réparation des désordres susceptibles d'engager sa responsabilité décennale ne vaut pas reconnaissance de sa responsabilité s'il exige d'intervenir sur commande et contre rémunération, de telle sorte que le cours de

la prescription ne sera pas interrompu par une telle intervention<sup>[29]</sup>. Également, un courrier conditionnel et équivoque de l'entrepreneur évoquant des pistes techniques pour reprendre les dommages ne vaut pas une telle reconnaissance<sup>[30]</sup>.

Le régime de la responsabilité décennale appliqué aux marchés publics est pour l'essentiel assez déterminé, notamment parce qu'il est appliqué depuis longtemps et de manière approfondie par deux ordres de juridiction, dont les approches sont d'ailleurs globalement cohérentes et coordonnées. On constate simplement un sujet discriminant entre les maîtres d'ouvrage publics et privés, la prise en compte des dommages futurs. Au-delà, la responsabilité décennale semble avoir trouvé son équilibre.

[28] CE 15 juin 2018, Communauté de communes du Cher à La Loire, req. n° 417595 – voir également CAA Nantes, 21 septembre 2018, Commune de Nantes, req. n° 17NT02256. « 2. 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. »

[29] CAA Lyon 21 juin 2012, Ministre de l'Agriculture, req. n° 10LY02833.

[30] CAA Douai 4 juin 2018, Commune de la Bonneville-sur-Iton, req. n° 15DA00075.