

CAA Marseille, commune de Vitrolles, 12 décembre 2022, n°19MA02635

Vu la procédure suivante :

Procédure contentieuse antérieure :

La société par actions simplifiée Berthouly Travaux Publics a demandé au tribunal administratif de Marseille de condamner la commune de Vitrolles à lui payer la somme de 407 113,10 euros hors taxes en indemnisation du préjudice résultant de l'allongement de la durée d'un chantier et la somme de 8 485,90 euros hors taxes en rémunération de travaux supplémentaires, ainsi que la taxe sur la valeur ajoutée, les intérêts et la capitalisation des intérêts correspondants à ces deux sommes.

Par un jugement n° 1701325 en date du 9 avril 2019, le tribunal administratif de Marseille a condamné la commune de Vitrolles à payer à la société Berthouly Travaux Publics une somme de 17 519,58 euros toutes taxes comprises, avec intérêts au taux légal à compter du 23 février 2017 et capitalisation des intérêts à compter du 23 février 2018 et à chaque échéance annuelle ultérieure, et mis les dépens de l'instance, taxés et liquidés à la somme de 7 000 euros, à la charge définitive de la commune de Vitrolles.

Procédure devant la Cour :

Par une requête, enregistrée le 12 juin 2019, et quatre mémoires récapitulatifs enregistrés le 18 décembre 2019, le 17 décembre 2021, le 13 juin 2022 et le 14 septembre 2022, la société Berthouly Travaux Publics, représentée par Me Richard, demande à la Cour :

1°) de lui donner acte du désistement des conclusions d'appel présentées contre la société EHTP ;

2°) d'annuler le jugement en date du 9 avril 2019 en tant qu'il rejette le surplus de ses demandes ;

3°) puis, à titre principal, de condamner, sur le fondement de la responsabilité contractuelle sans faute, la commune de Vitrolles à lui payer, au titre du préjudice subi du fait de l'allongement de la durée d'exécution du chantier, la somme totale de 407 113,10 euros hors taxes, majorée de la taxe sur la valeur ajoutée et assortie des intérêts moratoires et de la capitalisation de ces intérêts, ou, à défaut, la somme de 326 892,75 euros hors taxes majorée des mêmes sommes ;

4°) ou, à titre subsidiaire, de condamner la commune de Vitrolles au paiement des mêmes sommes sur le fondement de la responsabilité contractuelle pour faute ;

5°) ou, à titre plus subsidiaire, de condamner, sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle, la société d'économie mixte SEMEPA, la société Ouest Coordination et la société Guigues à lui payer ces mêmes sommes ;

6°) par ailleurs, de condamner la commune de Vitrolles à lui payer la somme de 8 485,90 euros hors taxes, majorée de la taxe sur la valeur ajoutée, et assortie des intérêts moratoires et de la capitalisation de ces intérêts, au titre des travaux supplémentaires ;

7°) de rejeter l'appel incident formé par la SEMEPA ;

8°) en tout état de cause, de mettre à la charge, in solidum ou à qui mieux devra, de la commune de Vitrolles et des autres intervenants la somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société soutient que :

– la société SEMEPA n'a pas intérêt à contester le jugement, qui ne lui fait pas grief ;

- ses propres demandes de première instance à l'encontre de la commune de Vitrolles sont bien dirigées dès lors que l'exécution du contrat était terminée au moment du transfert de compétences concernées à la métropole d'Aix-Marseille-Provence ;
- ses demandes pouvaient être présentées sans méconnaître l'autorité de la chose jugée s'attachant aux décisions juridictionnelles des 3 mars 2015 et 19 mars 2016 ;
- en l'absence de signature du décompte par la personne responsable du marché, qui était le directeur général de la SEMEPA, le décompte ne pouvait devenir définitif ;
- aucune forclusion contractuelle ne peut lui être opposée ;
- elle a valablement lié le contentieux ;
- les créances dont elle demande le paiement ne sont pas prescrites ;
- son action contre la SEMEPA est recevable ;
- son action tendant à l'engagement de la responsabilité contractuelle sans faute de la commune est recevable ;
- les premiers juges ont omis de statuer sur la responsabilité des intervenants qu'elle recherchait à titre subsidiaire ;
- elle a droit à être indemnisée du préjudice résultant de l'allongement du délai d'exécution des travaux ;
- elle est fondée à engager à ce titre la responsabilité contractuelle sans faute et la responsabilité quasi-délictuelle de la commune de Vitrolles, ainsi que la responsabilité quasi-délictuelle de la société SEMEPA, de la société Ouest Coordination et de la société Entreprise Guigues ;
- leurs agissements et fautes sont les causes des préjudices qu'elle a subis ;
- elle a droit au paiement des travaux supplémentaires qu'elle a réalisés ;
- elle a droit aux intérêts moratoires et à la capitalisation des intérêts.

Par un mémoire en défense enregistré le 12 août 2019 et deux mémoires récapitulatifs enregistrés les 8 juillet 2020 et 27 octobre 2022, la société anonyme Entreprise Guigues et la société par actions simplifiée EHTP, représentées par Me Creze, concluent à la confirmation du jugement en tant qu'il n'a pas retenu leur responsabilité et en tant qu'il a écarté les demandes indemnitaires de la société Berthouly Travaux Publics, à la réformation du jugement en tant qu'il a partiellement fait droit aux demandes de la société Berthouly Travaux Publics, au rejet de l'ensemble des demandes présentées par la société Berthouly Travaux Publics à leur encontre et à ce que deux sommes de 6 000 euros soit mises à la charge de la société Berthouly Travaux Publics au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Les sociétés soutiennent que :

- les actions dirigées contre elles sont prescrites ;
- les moyens de la requête d'appel sont infondés.

Par deux mémoires en défense, enregistrés le 24 octobre 2019 et le 15 juillet 2022, la société anonyme d'économie mixte d'équipement du Pays d'Aix (SEMEPA), représentée par Me Courant, demande à la Cour :

1°) d'annuler le jugement en ce qu'il a rejeté la fin de non-recevoir tirée du caractère définitif du décompte général du marché et jugé que le montant du préjudice de la société Berthouly Travaux Publics s'élevait à la somme de 17 519,58 euros toutes taxes comprises ;

2°) de rejeter la requête d'appel de la société Berthouly Travaux Publics ;

3°) de mettre à la charge de la société Berthouly Travaux Publics une somme de 6 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

La société SEMEPA soutient que :

– la demande de la société Berthouly Travaux Publics se heurte à l'autorité de la chose jugée s'attachant à l'arrêt du 19 décembre 2016 et au caractère définitif du décompte général du marché ;

– les moyens de la requête d'appel sont infondés.

Par deux mémoires en défense, enregistrés le 21 juin 2021 et le 5 mai 2022, la commune de Vitrolles, représentée par Me Woimant, demande à la Cour :

1°) de réformer le jugement en tant qu'il fait droit aux demandes de la société Berthouly Travaux Publics en rejetant les fins de non-recevoir et exceptions qui leur ont été opposées ;

2°) de confirmer le jugement pour le surplus ;

3°) de mettre à la charge de la société Berthouly Travaux Publics la somme de 5 000 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ;

4°) subsidiairement, de condamner la société TPF Ingénierie à la relever et garantir de toute condamnation qui pourrait être prononcée à son encontre.

La commune de Vitrolles soutient que :

– les demandes de la société Berthouly Travaux Publics sont mal dirigées ;

– elles se heurtent à l'autorité de la chose jugée s'attachant au jugement du 3 mars 2015 et à l'arrêt du 19 décembre 2016 ;

– elles sont frappées de forclusion contractuelle ;

– le contentieux n'a pas été lié ;

– les créances sont prescrites ;

– les demandes tendant à l'engagement de sa responsabilité contractuelle sans faute sont irrecevables ;

– les moyens de la requête d'appel sont infondés.

Par une lettre en date du 22 juillet 2022, la Cour a informé les parties qu'il était envisagé d'inscrire l'affaire à une audience qui pourrait avoir lieu entre le 1er octobre 2022 et le 31 décembre 2022, et que l'instruction était susceptible d'être close par l'émission d'une ordonnance à compter du 15 septembre 2022.

Par ordonnance du 20 octobre 2022, la clôture de l'instruction a été prononcée avec effet immédiat.

Par lettres en date du 8 novembre 2022, la Cour a informé les parties que l'arrêt à intervenir était susceptible de se fonder sur les moyens tirés de ce que :

– nul ne plaçant par procureur autre que les mandataires prévus par l'article R. 431-2 du code de justice administrative, les sociétés Entreprise Guigues et EHTP ne sont pas recevables à contester, par la voie de l'appel incident, le jugement en tant qu'il fait partiellement droit aux demandes de première instance de la société Berthouly Travaux Publics contre la commune de Vitrolles ;

– les appels ne pouvant tendre qu'à l'annulation ou à la réformation du dispositif du jugement attaqué, la société SEMEPA n'est pas recevable à solliciter l'annulation des motifs par lesquels les premiers juges ont écarté une fin de non-recevoir contractuelle et évalué à une certaine somme le montant du préjudice subi par la société Berthouly Travaux Publics.

Vu les autres pièces du dossier.

Vu :

– le code civil ;

– le code général des collectivités territoriales ;

– la loi n° 68-1250 du 31 décembre 1968 relative à la prescription des créances sur l'Etat, les départements, les communes et les établissements publics ;

– la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée ;

– le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé ;

– 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 M. Renaud Thielé, rapporteur,

– les conclusions de M. François Point, rapporteur public,

– les observations de Me Vuilleminot pour la société Berthouly Travaux Publics,

– les observations de Me Daimallah pour la commune de Vitrolles,

– et les observations de Me Courant pour la société SEMEPA.

Une note en délibéré a été présentée le 29 novembre 2022 pour la société Berthouly Travaux Publics.

Considérant ce qui suit :

1. Par un contrat en date du 2 janvier 2007, la société d'économie mixte d'équipement du Pays d'Aix (SEMEPA), agissant en qualité de maître d'ouvrage délégué de la commune de Vitrolles, a confié à la société Berthouly Travaux Publics un marché public de travaux ayant pour objet la réhabilitation des réseaux publics de distribution d'eau potable et de collecte des eaux usées de la zone d'activités des Estroublans à Vitrolles. Par un

second contrat en date du 12 février 2007, la SEMEPA, agissant cette fois en qualité de maître d'ouvrage délégué de la communauté d'agglomération du pays d'Aix, a par ailleurs confié les travaux de terrassement et de creusement des tranchées au droit des réseaux humides et eaux pluviales à un groupement d'entreprises solidaires composé de la société Entreprise Guigues, mandataire, de la société Entreprise hydraulique et travaux publics (EHTP) et de M. C. Estimant que des indemnités et rémunérations complémentaires lui étaient dues, la société Berthouly Travaux Publics a sollicité du tribunal administratif de Marseille qu'il désigne un expert. Au vu du rapport d'expertise remis le 15 novembre 2013, la société Berthouly Travaux Publics a saisi le tribunal administratif, d'une part, d'une demande tendant à la condamnation de la commune de Vitrolles ou, subsidiairement, de la société SEMEPA, de la société TPF Ingénierie venant aux droits et obligations de la société Ouest Coordination, de la société Entreprise Guigues et de la société EHTP à lui payer une indemnité de 407 113,10 euros hors taxes, majorée de la taxe sur la valeur ajoutée et assortie des intérêts moratoires et de la capitalisation des intérêts, au titre du préjudice résultant de l'allongement de la durée du chantier et, d'autre part, d'une demande tendant à la condamnation de la commune de Vitrolles à lui payer la somme de 8 485,90 euros hors taxes, majorée de la taxe sur la valeur ajoutée et assortie des intérêts moratoires, au titre de travaux supplémentaires. Par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Marseille a, en premier lieu, rejeté comme tardives les conclusions tendant à la condamnation de la commune de Vitrolles sur le fondement de la responsabilité contractuelle sans faute. Il a, en deuxième lieu, après avoir écarté les exceptions de chose jugée, de prescription quadriennale et d'irrecevabilité contractuelle opposées à ces demandes, jugé que la commune avait commis une faute « dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction des travaux » et condamné en conséquence la commune à payer à la société Berthouly Travaux Publics, trois indemnités de 5 873,75 euros hors taxes, 4 080 euros hors taxes et 120 euros hors taxes. Il a enfin, en troisième lieu, condamné la commune de Vitrolles à payer à la société une somme de 4 525,90 euros hors taxes au titre des travaux supplémentaires. La société Berthouly Travaux Publics relève appel de ce jugement en tant qu'il rejette le surplus de ses demandes. Par la voie de l'appel incident, la commune de Vitrolles conteste quant à elle le jugement en tant qu'il fait partiellement droit aux demandes de la société.

1. Sur les conclusions d'appel principal de la société Berthouly Travaux Publics :

1.1. En ce qui concerne les conclusions d'appel dirigées contre la société EHTP :

2. La société Berthouly Travaux Publics s'est désistée de ces conclusions. Ce désistement d'instance est pur et simple. Il y a lieu d'en donner acte.

1.2. En ce qui concerne les conclusions d'appel dirigées contre la commune de Vitrolles :

1.2.1. S'agissant des exceptions opposées par la commune :

1.2.1.1. Quant au caractère bien dirigé de la demande de première instance :

3. Aux termes de l'article L. 5217-2 du code général des collectivités territoriales : « I. – La métropole exerce de plein droit, en lieu et place des communes membres, les compétences suivantes : () 5° En matière de gestion des services d'intérêt collectif : / a) Assainissement des eaux usées (), gestion des eaux pluviales urbaines () et eau () ». Aux termes de l'article L. 5218-2 du même code : « I. – () la métropole d'Aix-Marseille-Provence exerce les compétences qui étaient, à la date de sa création, transférées par les communes membres aux établissements publics de coopération intercommunale fusionnés en application du I de l'article L. 5218-1 du présent code. () Toutefois, les communes continuent d'exercer les compétences prévues au I de l'article L. 5217-2 qui n'avaient pas été transférées à ces établissements : 1° Pour les compétences « création, aménagement et entretien de voirie » et « signalisation » prévues au b du 2° du même I et pour la compétence « création, aménagement et entretien des espaces publics dédiés à tout mode de déplacement urbain ainsi qu'à leurs ouvrages accessoires » prévue au c du même 2°, jusqu'au 1er janvier 2023 ; 2° Pour les autres compétences prévues audit I, jusqu'au 1er janvier 2018 () ». Aux termes de son article L. 5217-5 : « Les biens et droits à caractère mobilier ou immobilier situés sur le territoire de la métropole et utilisés pour l'exercice des compétences transférées mentionnées au I de l'article L. 5217-2 sont mis de plein droit à disposition de la métropole par les communes membres () La métropole est substituée de plein droit, pour l'exercice des compétences transférées, aux communes membres () dans l'ensemble des droits et obligations attachés aux biens mis à disposition en application du premier alinéa du présent article et transférés à la

métropole en application du présent article () / Les contrats sont exécutés dans les conditions antérieures jusqu'à leur échéance, sauf accord contraire des parties. Les cocontractants sont informés de la substitution de personne morale par le conseil de la métropole () ».

4. Le transfert, à la métropole, des droits et obligations attachés aux biens mis à disposition ne s'étend pas aux créances qui résultent de contrats conclus par la commune et venus à expiration avant le transfert.

5. Il résulte des dispositions précitées que la gestion des eaux pluviales a été transférée le 1er janvier 2018, avec l'ensemble des droits et obligations correspondants, à la métropole Aix-Marseille-Provence. A cette date, le contrat était entièrement exécuté. Dans ces conditions, la commune de Vitrolles n'est pas fondée à soutenir que la demande présentée à son encontre était mal dirigée.

1.2.1.2. Quant à l'autorité de la chose jugée :

6. L'autorité de la chose jugée qui s'attache à l'arrêt en date du 19 décembre 2016, devenu définitif, par lequel la Cour a rejeté la demande de condamnation présentée par la société Berthouly Travaux Publics à l'encontre de la société SEMEPA, au motif que cette demande était mal dirigée, ne peut, faute d'identité de parties, s'opposer à ce que la société Berthouly Travaux Publics demande la condamnation de la commune de Vitrolles.

1.2.1.3. Quant à la recevabilité contractuelle :

7. Aux termes du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics de travaux, dans son édition de 1976, qui est au nombre des pièces contractuelles : « 13.44. L'entrepreneur doit, dans un délai compté à partir de la notification du décompte général, le renvoyer au maître d'œuvre, revêtu de sa signature, sans ou avec réserves, ou faire connaître les raisons pour lesquelles il refuse de le signer. Ce délai est de trente jours, si le marché a un délai d'exécution inférieur ou égal à six mois. Il est de quarante-cinq jours dans le cas où le délai contractuel d'exécution du marché est supérieur à six mois. () 13.45. Dans le cas où l'entrepreneur n'a pas renvoyé au maître d'œuvre le décompte général signé dans le délai de trente jours ou de quarante-cinq jours, fixé au 44 du présent article, ou encore, dans le cas où, l'ayant renvoyé dans ce délai, il n'a pas motivé son refus ou n'a pas exposé en détail les motifs de ses réserves en précisant le montant de ses réclamations, ce décompte général est réputé être accepté par lui ; il devient le décompte général et définitif du marché « . Aux termes de l'article 50 du même cahier : » Règlement des différends et des litiges. / () 50.22. Si un différend survient directement entre la personne responsable du marché et l'entrepreneur, celui-ci doit adresser un mémoire de réclamation à ladite personne aux fins de transmission au maître de l'ouvrage. () 50.31. Si, dans le délai de trois mois à partir de la date de réception, par la personne responsable du marché, de la lettre ou du mémoire de l'entrepreneur mentionné aux 21 et 22 du présent article aucune décision n'a été notifiée à l'entrepreneur, ou si celui-ci n'accepte pas la décision qui lui a été notifiée, l'entrepreneur peut saisir le tribunal administratif compétent. Il ne peut porter devant cette juridiction que les chefs et motifs de réclamation énoncés dans la lettre ou le mémoire remis à la personne responsable du marché. 50.32. Si, dans le délai de six mois à partir de la notification à l'entrepreneur de la décision prise conformément au 23 du présent article sur les réclamations auxquelles a donné lieu le décompte général du marché, l'entrepreneur n'a pas porté ses réclamations devant le tribunal administratif compétent, il est considéré comme ayant accepté ladite décision et toute réclamation est irrecevable. Toutefois, le délai de six mois est suspendu en cas de saisine du comité consultatif de règlement amiable dans les conditions du 4 du présent article ».

8. Pour l'application de l'article 50.22 du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés de travaux, la mise en demeure d'établir le décompte général, régulièrement adressée par l'entreprise au maître de l'ouvrage, constitue un mémoire de réclamation.

9. Dans le cas où le décompte général intervient plus de trois mois après la mise en demeure de l'établir, ce document ne peut être regardé comme un décompte général au sens des dispositions du cahier des clauses administratives générales. Il appartient alors au juge administratif de statuer sur la réclamation de l'entrepreneur, qui est contractuellement recevable. Dans les autres cas, il résulte des stipulations précitées que l'entrepreneur qui entend contester le décompte général régulièrement établi à la suite de la résiliation de son marché est toujours tenu, à peine de forclusion, de présenter un mémoire de réclamation dans le délai de quarante-cinq jours à compter de la notification de ce décompte.

10. Par ailleurs, l'irrégularité du décompte général s'oppose normalement à ce que celui-ci devienne définitif. Dans l'hypothèse, toutefois, où l'entrepreneur décide, de contester au fond ce décompte au lieu de mettre le maître de l'ouvrage en demeure d'établir un décompte régulier, les parties sont réputées avoir, d'un commun accord, renoncé à l'application des règles contractuelles relatives à l'établissement du décompte. L'irrégularité du décompte ne dispense dès lors pas l'entrepreneur du respect des règles applicables à la contestation du décompte, et notamment des délais de présentation du mémoire de réclamation ou du délai de saisine du tribunal administratif.

11. En l'espèce, la lettre en date du 8 décembre 2009 de la société Berthouly Travaux Publics à la SEMEPA, si elle fait état de l'absence d'établissement du décompte général, ne comporte aucune mise en demeure d'établir un tel décompte. Dès lors, le document établi le 5 mai 2010, bien qu'il soit intervenu plus de trois mois après la réception de cette lettre, pouvait bien être regardé comme le décompte général du marché.

12. Le document en date du 5 mai 2010, toutefois, s'il est signé par le maître d'œuvre et accompagné d'une lettre signée par le directeur technique de la société SEMEPA, n'est pas signé par la personne responsable du marché, en méconnaissance de l'article 13.42 du cahier des clauses administratives générales. En effet, la personne responsable du marché est, au terme de l'acte d'engagement, le directeur général de la société SEMEPA. Ce décompte général est donc irrégulier.

13. Enfin, la société Berthouly Travaux Publics n'a pas contesté ce décompte au fond, mais a répondu à la société SEMEPA, dès le 7 mai 2010, en indiquant qu'elle considérait que ce décompte était irrégulier, faute, notamment, d'avoir été signé par la personne responsable du marché. Par ailleurs, elle a indiqué qu'elle restait » dans l'attente du décompte général « . Ce faisant, elle doit être regardée comme ayant mis la société SEMEPA en demeure d'établir régulièrement le décompte général du marché. Cette mise en demeure tenait lieu de mémoire de réclamation et a lié le contentieux.

1.2.1.4. Quant à la prescription :

14. Aux termes de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1968 : » Sont prescrites, au profit () des communes () toutes créances qui n'ont pas été payées dans un délai de quatre ans à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle les droits ont été acquis. () « . Aux termes de l'article 2 de cette même loi, le cours de la prescription est interrompu par » tout recours formé devant une juridiction, relatif au fait générateur, à l'existence, au montant ou au paiement de la créance, quel que soit l'auteur du recours et même si la juridiction saisie est incompétente pour en connaître, et si l'administration qui aura finalement la charge du règlement n'est pas partie à l'instance « . Dans ce cas, » le nouveau délai court à partir du premier jour de l'année suivant celle au cours de laquelle la décision est passée en force de chose jugée. « .

15. Lorsque le contrat prévoit l'établissement d'un décompte, les droits aux paiements du titulaire du marché sont acquis, au sens de ces dispositions, au moment de l'établissement du projet de décompte final par ce titulaire.

16. Le projet de décompte final a été établi par la société Berthouly Travaux Publics le 20 juillet 2009. Il en résulte que le délai de la prescription a commencé à courir le 1er janvier 2010.

17. La mise en cause devant le juge des référés du maître d'ouvrage délégué par une entreprise sollicitant l'indemnisation par le maître de l'ouvrage de surcoûts subis au cours de l'exécution d'un marché public de travaux présente, au sens des dispositions de l'article 2 de la loi du 31 décembre 1968, le caractère d'un recours relatif au fait générateur de la créance que son auteur détient sur la collectivité et interrompt par suite le délai de prescription de cette créance.

18. En l'espèce, par une requête, enregistrée le 28 octobre 2010, par laquelle la société Berthouly Travaux Publics a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Marseille d'une demande tendant à ce que soit prescrite une expertise en vue, notamment, de donner tous les éléments utiles d'appréciation sur la ou les causes à l'origine de l'allongement du délai contractuel et déterminer à qui ce retard est imputable, et de décrire la liste des travaux supplémentaires effectués par elle. Cette expertise a été sollicitée et prescrite au contradictoire de la société SEMEPA, maître d'ouvrage délégué.

19. Il en résulte que cette citation en référé a interrompu le délai de prescription. Le rapport d'expertise ayant été remis le 15 novembre 2013, le délai de prescription a recommencé à courir le 1er janvier 2014. A la date de l'introduction de la demande de première instance, le 23 février 2017, ce délai n'était pas expiré.

20. Il résulte de ce qui précède que l'exception de prescription opposée par la commune de Vitrolles ne peut être accueillie.

1.2.2. S'agissant des sujétions techniques imprévues :

1.2.2.1. Quant à la régularité du jugement en tant qu'il statue sur cette demande :

21. Contrairement à ce qu'a jugé le tribunal administratif, aucun délai de recours contentieux ne s'imposant à la société Berthouly Travaux Publics, celle-ci pouvait présenter, pour la première fois dans son mémoire en date du 9 janvier 2018, une demande tendant à l'engagement de la responsabilité contractuelle sans faute de la commune. En rejetant cette demande comme irrecevable, le tribunal administratif a entaché son jugement d'irrégularité.

22. Il y a donc lieu d'annuler ce jugement dans cette mesure et d'évoquer l'affaire pour y statuer immédiatement.

1.2.2.2. Quant à la responsabilité contractuelle sans faute de la commune de Vitrolles :

23. Les difficultés rencontrées dans l'exécution d'un marché à forfait peuvent ouvrir droit à indemnité au profit de l'entreprise titulaire du marché dans la mesure où celle-ci justifie que ces difficultés trouvent leur origine dans des sujétions imprévues ayant eu pour effet de bouleverser l'économie du contrat. Sont indemnisables à ce titre les surcoûts résultant de sujétions imprévisibles, exceptionnelles et extérieures aux parties, à la condition, s'agissant des marchés à prix forfaitaire, qu'elles conduisent à un bouleversement de l'économie du contrat.

24. Les difficultés rencontrées par la société Berthouly Travaux Publics, qui résultent, selon l'expert, de retards imputables aux différents intervenants et d'« aléas normaux » de chantier, ne présentent pas un caractère exceptionnel. La société Berthouly Travaux Publics n'est donc pas fondée à solliciter une indemnisation au titre des sujétions techniques imprévues.

1.2.3. S'agissant de la responsabilité pour faute de la commune de Vitrolles :

25. Dans le point 17 du jugement attaqué, le tribunal administratif a estimé que la commune de Vitrolles conservait un « pouvoir de direction de chantier », qu'il n'était « pas établi que la commune de Vitrolles se serait rapprochée de la communauté du pays d'Aix, maître d'ouvrage des travaux incombant au groupement d'entreprise Guiges-EHTP-Trivella pour résoudre » les difficultés de coordination des interventions, et que la commune « ne démonstr[ait] pas que l'allongement des délais d'exécution ne lui serait pas imputable ». Les premiers juges en ont déduit que la commune de Vitrolles avait commis des fautes « dans l'exercice de ses pouvoirs de contrôle et de direction des travaux ».

26. Toutefois, si le maître d'ouvrage conserve un pouvoir de direction et de contrôle des marchés qu'il a conclu, il n'exerce pas, contrairement à ce qu'a jugé le tribunal administratif de « contrôle et de direction des travaux », cette mission incombant, conformément à l'article 9 du décret susvisé du 29 novembre 1993, au maître d'œuvre au titre de la mission « DET ». Il n'exerce pas davantage de mission de coordination des intervenants au chantier, cette mission incombant, conformément à l'article 10 du même décret, au maître d'œuvre au titre de la mission « OPC ». Par ailleurs, il incombe à l'auteur d'un recours de plein contentieux indemnitaire de démontrer la réalité des fautes qu'il allègue.

27. Il ressort du rapport d'expertise, page 20, que, selon l'expert, les retards pris par le chantier sont imputables, en premier lieu, à un démarrage tardif des travaux, dont la cause est « étrangère aux parties », en deuxième lieu, à un rallongement de deux mois au titre des travaux supplémentaires prescrits par l'ordre de

service n° 2, accepté par les intervenants, en troisième lieu, à un « défaut de coordination entre les interventions de Berthouly Travaux Publics qui a en charge la pose des réseaux [d'eau usées et d'adduction d'eau potable], et celles du groupement Guigues-EHTP-Trivella qui a [à sa charge] la réalisation des tranchées, notamment [d'eaux usées et d'adduction d'eau potable] et leur remblaiement après intervention de Berthouly Travaux Publics », en quatrième lieu, à des « retards sur travaux [du groupement] Guigues-EHTP-Trivella par rapport au planning de Berthouly Travaux Publics, ces derniers ne pouvant intervenir à cause de travaux préalables non terminés par d'autres entreprises », et, en cinquième lieu, à des « retards propres aux interventions de Berthouly Travaux Publics ». Il ajoute, en page 22, que « le maître d'ouvrage délégué, la SEMEPA, [n'a, à son sens], aucune responsabilité ». Il conclut, en page 24 : « Je ne retiens aucune responsabilité du maître d'ouvrage ».

28. Il résulte de ces éléments, qui ne sont pas sérieusement contestés par la société Berthouly Travaux Publics, que les retards de chantier ne sont pas imputables au maître d'ouvrage.

29. La société Berthouly Travaux Publics n'est donc pas fondée à se plaindre de ce que les premiers juges ont rejeté le surplus de ses demandes indemnitaires dirigées contre la commune de Vitrolles.

1.3. S'agissant des conclusions d'appel dirigées contre la société SEMEPA, la société TPF Ingénierie venant aux obligations de la société Ouest Coordination, et la société Entreprise Guigues :

1.3.1. Quant à la régularité du jugement à cet égard :

30. Dans sa requête introductive d'instance, la société Berthouly Travaux Publics sollicitait, à titre principal, la condamnation de la commune de Vitrolles sur le fondement de la responsabilité contractuelle sans faute ou, à défaut, pour faute, et, à titre subsidiaire, la condamnation in solidum de la société SEMEPA, de la société TPF Ingénierie et de la société Entreprise Guigues à lui payer ces mêmes sommes. Les premiers juges n'ayant que partiellement fait droit aux demandes dirigées contre la commune de Vitrolles, il leur appartenait de statuer sur ces conclusions présentées à titre subsidiaire. La société Berthouly Travaux Publics est donc fondée à soutenir que le jugement est entaché d'omission à statuer et qu'il est, dans cette mesure, irrégulier.

31. Il y a lieu pour la Cour d'annuler, pour irrégularité, le jugement en tant qu'il omet de statuer sur les conclusions présentées à titre subsidiaire contre les sociétés SEMEPA, TPF Ingénierie et Entreprise Guigues, et d'évoquer le litige dans cette mesure.

1.3.2. Quant à l'action quasi-délictuelle dirigée contre la société SEMEPA :

32. Il résulte de l'article 3 de la loi du 12 juillet 1985 qu'il appartient aux constructeurs, s'ils entendent obtenir la réparation de préjudices consécutifs à des fautes du mandataire du maître d'ouvrage dans l'exercice des attributions qui lui ont été confiées, de rechercher la responsabilité du maître d'ouvrage, seule engagée à leur égard, et non celle de son mandataire, y compris dans le cas où ce dernier a signé les marchés conclus avec les constructeurs, dès lors qu'il intervient au nom et pour le compte du maître d'ouvrage, et n'est pas lui-même partie à ces marchés. La responsabilité du mandataire du maître d'ouvrage à l'égard des constructeurs, qui ne peut jamais être mise en cause sur le terrain contractuel, ne peut l'être, sur le terrain quasi-délictuel, que dans l'hypothèse où les fautes alléguées auraient été commises en-dehors du champ du contrat de mandat liant le maître d'ouvrage et son mandataire. En revanche, les constructeurs ne sauraient rechercher la responsabilité du mandataire du maître d'ouvrage en raison de fautes résultant de la mauvaise exécution ou de l'inexécution de ce contrat.

33. La société Berthouly Travaux Publics n'invoque aucune faute de la société SEMEPA, maître d'ouvrage délégué, qui aurait été commise en-dehors du champ du contrat de mandat la liant à la commune de Vitrolles.

34. Par ailleurs, la société Berthouly Travaux Publics soutient que la société SEMEPA aurait commis plusieurs fautes alors qu'elle agissait en qualité de maître d'ouvrage délégué de la communauté d'agglomération du pays d'Aix, en ne conseillant pas à ses mandantes de faire le choix d'un seul marché de terrassement au lieu de deux marchés distincts, en prévoyant des délais d'exécution différents pour le lot n° 2 et en n'assurant pas le respect

des délais par le titulaire du lot. Toutefois, ainsi qu'il a été dit au point 27, le rapport d'expertise n'impute aucune faute à la société SEMEPA. Les seules allégations, non étayées, de la société Berthouly Travaux Publics ne suffisent pas à caractériser une faute de la société SEMEPA en sa qualité de maître d'ouvrage délégué de la communauté d'agglomération du Pays d'Aix.

1.3.3. Quant à l'action quasi-délictuelle dirigée contre la société Entreprise Guigues :

35. Il ressort du rapport d'expertise que l'expert, s'il impute une part du retard au « groupement Guigues-EHTP-Trivella », n'a imputé aucune responsabilité à la société Entreprise Guigues prise individuellement, alors qu'il relève que c'est la société C, dont la société Berthouly Travaux Publics n'a pas recherché la responsabilité, qui avait la charge de l'ouverture et de la fermeture des tranchées. Si la société Berthouly Travaux Publics soutient que la société Entreprise Guigues est responsable du retard en sa qualité de membre et mandataire solidaire du groupement, l'effet relatif des contrats fait obstacle à ce que cette solidarité soit invoquée par un tiers au contrat.

1.3.4. Quant à l'action quasi-délictuelle dirigée contre la société Ouest Coordination :

36. Le rapport de l'expert mentionne, en page 20 que le retard pris par le chantier est dû, notamment, à un « défaut de coordination entre les interventions de Berthouly Travaux Publics () et celle du groupement Guigues-EHTP-Trivella ». L'expert précise ensuite, en page 21 de son rapport, que « l'OPC Ouest Coordination porte une part non négligeable de responsabilité () ». L'expert mentionne enfin en page 22 de son rapport que « dans le cas où un préjudice serait effectivement retenu (), les responsabilités pourraient être partagées entre : / Ouest Coordination (et Cermi ') / le groupement Guigues-EHTP-Trivella / et l'entreprise Berthouly ».

37. L'expert estime que le retard en cours de chantier, d'une durée de douze à treize mois, a été de nature à perturber l'organisation de la société Berthouly Travaux Publics. Sur la base des coûts unitaires avancés par la société Berthouly Travaux Publics, et qui ne sont pas contestés par la société TPF, l'expert évalue le montant du préjudice subi par la société Berthouly Travaux Publics à 318 406 euros hors taxes.

38. Compte tenu du rôle déterminant de la mission « OPC » dans la coordination du chantier qui est l'une des causes principales du retard du chantier, il y a lieu de tenir la société Ouest Coordination responsable à hauteur du tiers du préjudice retenu par l'expert sur la base des coûts unitaires avancés par la société Berthouly Travaux Publics et non contestés par la société TPF Ingénierie, venant aux droits et obligations de la société Ouest Coordination, et qui n'a pas produit d'écritures dans la présente instance.

39. Dans ces conditions, il y a lieu de mettre à la charge de cette société la somme de 106 135 euros hors taxes, soit 127 362 euros toutes taxes comprises, au titre de la responsabilité quasi-délictuelle.

2. Sur les conclusions d'appel incident des sociétés Entreprise Guigues et EHTP :

40. Nul ne plaidant par procureur, si ce n'est l'un des mandataires mentionnés par l'article R. 431-2 du code de justice administrative, ces sociétés ne sont pas recevables à contester, par la voie de l'appel incident, le jugement en tant qu'il fait partiellement droit aux demandes de première instance de la société Berthouly Travaux Publics contre la commune de Vitrolles.

3. Sur les conclusions d'appel incident de la commune de Vitrolles :

41. Ainsi qu'il a été dit ci-dessus, la société Berthouly Travaux Publics n'est pas fondée à engager la responsabilité contractuelle de la commune de Vitrolles. La commune est donc fondée à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le tribunal administratif de Marseille a partiellement fait droit aux demandes de la société Berthouly Travaux Publics à son encontre.

4. Sur les conclusions d'appel incident de la société SEMEPA :

42. Les appels ne peuvent tendre qu'à l'annulation ou à la réformation du dispositif du jugement attaqué. La société SEMEPA n'est donc pas recevable à solliciter l'annulation des motifs par lesquels les premiers juges ont écarté une fin de non-recevoir contractuelle et évalué à une certaine somme le montant du préjudice subi par la société Berthouly Travaux Publics.

5. Sur les frais liés au litige :

43. Les frais de l'expertise doivent être mis à la charge définitive de la société TPF Ingénierie, qui est la partie perdante au sens de l'article R. 761-1 du code de justice administrative. Dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu de mettre à sa charge une somme de 2 000 euros à verser à la société Berthouly Travaux Publics sur le fondement de l'article L. 761-1 du code de justice administrative. Il n'y a pas lieu de faire droit aux autres demandes présentées à ce titre.

D É C I D E :

Article 1er : Il est donné acte à la société Berthouly Travaux Publics de son désistement d'instance des conclusions d'appel dirigées contre la société EHTP.

Article 2 : Le jugement n° 1701325 en date du 9 avril 2019 du tribunal administratif de Marseille est annulé pour irrégularité en tant que, par son article 4, il rejette comme irrecevable la demande de la société Berthouly Travaux Publics tendant à l'engagement de la responsabilité contractuelle sans faute de la commune de Vitrolles.

Article 3 : Cette demande est rejetée.

Article 4 : Le jugement en date du 9 avril 2019 est annulé en tant qu'il omet de statuer sur les demandes présentées à titre subsidiaire et dirigées contre les sociétés SEMEPA, entreprise Guigues et TPF Ingénierie.

Article 5 : La société TPF Ingénierie est condamnée à payer à la société Berthouly Travaux Publics la somme de 127 362 euros toutes taxes comprises.

Article 6 : Le surplus des demandes mentionnées à l'article 4 du présent arrêt est rejeté.

Article 7 : Les frais de l'expertise, taxés et liquidés à la somme de 7 000 euros, sont mis à la charge définitive de la société TPF Ingénierie, de même qu'une somme de 2 000 euros à verser à la société Berthouly Travaux Publics au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Article 8 : Le surplus des conclusions de la requête d'appel de la société Berthouly Travaux Publics est rejeté.

Article 9 : Les articles 1er à 3 du jugement n° 1701325 en date du 9 avril 2019 du tribunal administratif de Marseille qui font droit aux demandes dirigées contre la commune de Vitrolles sont annulés.

Article 10 : Les demandes auxquelles ces articles font droit sont rejetées.

Article 11 : Le surplus des conclusions des parties est rejeté.

Article 12 : Le présent arrêt sera notifié à la société Berthouly Travaux Publics, à la commune de Vitrolles, à la société SEMEPA, à la société Entreprise Guigues, à la société TPF Ingénierie et à la société EHTP.

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

Délibéré après l'audience du 28 novembre 2022, où siégeaient :

– M. Alexandre Badie, président,

– M. Renaud Thielé, président assesseur,

– Mme Isabelle Gougot, première conseillère.

Rendu public par mise à disposition au greffe le 12 décembre 2022