

Agence Péna & Péna / MM. A., B.**Séance du 4 juillet 2016.****Conclusions du Rapporteur Public.**

La Commune de VINCENNES a conclu, le 29 mai 2009, *un marché public de maîtrise d'oeuvre pour l'aménagement urbain de son centre ville* avec un groupement conjoint de professionnels composé de l'Agence Althabegoïty-Bayle (plus avant désignée comme agence A.-B.), mandataire solidaire, de l'Agence Péna & Péna (plus avant désignée comme agence P.&P.) et de la société Omnium Général d'Ingénierie (plus avant désignée comme O.G.I.).

Un avenant à ce marché, signé le 8 mars 2011, a fixé au montant définitif de 2 035 740€ le forfait de rémunération et *modifié l'annexe 1 de l'acte d'engagement portant sur la répartition des éléments de mission par co-traitants et par phase.*

Saisi par assignation de l'agence P.&P. d'une requête en référé-expertise relative à la répartition des honoraires entre les membres du groupement de maîtrise d'oeuvre, le Juge des référés du T.G.I. De Paris s'est déclaré incompétent pour en connaître par *une ordonnance du 24 avril 2013 devenue définitive.*

Le Magistrat civil a décliné sa compétence au motif principal «qu'il n'avait été saisi d'aucune convention de droit privé» liant les parties, qui lui aurait permis de détacher le litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics public de son contexte purement administratif.

*

Il est intéressant de comprendre dans quelles conditions le Juge des référés civil a pu être saisi et quelle était la position des parties face à la demande d'expertise, préalable à toute instance au fond devant quelque ordre de juridiction que ce soit, pour comprendre son refus de se saisir.

L'agence P.&P. précise au Juge civil, dans ses prétentions, que dans l'acte d'engagement initial les trois agences de maîtrise d'oeuvre A.-B., P.&P. et O.G.I. avaient convenu de leur rémunération en pourcentage en s'accordant respectivement 43,40%, 27,88% et 28,72% de la rémunération totale.

Selon P.&P., c'est lors de la mise en oeuvre de *l'avenant n° 1 au marché public de maîtrise d'oeuvre*, qui a augmenté le montant prévisionnel des travaux et donc leur pourcentage global de rémunération de 7,7%, que le déséquilibre entre les trois agences s'est révélé et accentué.

Arguant du fait que la modification du périmètre de l'étude avait cru, en surface, de plus de 24%, sans modification corrélative des tableaux de répartition des honoraires de l'avenant n° 1 susvisé, P.&P. en déduit que «son intervention a été considérablement réévaluée par une augmentation de l'enveloppe financière des travaux affectés aux secteurs géographiques rue par rue qui lui ont été dévolus».

Elle en tire la conclusion que *«l'accord de répartition équitable [convenu verbalement entre les agences préalablement à l'exécution du marché] par moitié des secteurs géographiques du marché d'aménagement urbain, les amenant à une affectation des prestations par rue pour chacun et en conséquence, une répartition de l'enveloppe financière des travaux et donc des honoraires»* n'avait plus vocation à s'appliquer mais devait être rééquilibré, sans que l'enveloppe globale soit modifiée et donc sans augmentation du montant des prestations dues par la Commune de Vincennes.

La défenderesse, l'agence A-B, soulève au premier chef l'incompétence de la juridiction des référés civile estimant que, s'agissant d'un litige né de l'exécution d'un marché public de maîtrise d'oeuvre et opposant des co-traitants à cette exécution, seule la juridiction administrative peut en connaître, .

Elle dénie alors l'existence de tout accord préalable formel entre les co-traitants qui seul aurait pu créer entre eux un rapport de pur droit privé justifiant la compétence éventuelle de la juridiction civile.

Elle met en garde le Juge civil contre le projet d'une expertise qui «aboutirait nécessairement à remettre en cause les termes de l'avenant n°1 au marché public de maîtrise d'oeuvre dans la mesure où la demanderesse conteste la répartition des honoraires fixée dans cet avenant, alors même que ce dernier a été régularisé et que les prestations qui y sont décrites sont en cours d'exécution.»

C'est donc sur le fondement de cette dernière thèse que le Juge des référés civil, qui constatait au surplus que la convention de répartition amiable ou équitable des honoraires alléguée par P.&P. n'était ni produite ni susceptible de l'être, faute d'avoir été écrite, a décliné sa compétence.

*

Se tournant alors vers le juge des référés administratif, l'agence P.&P. a, dans un premier temps, obtenu gain de cause sur la mesure d'expertise au motif que *«[la demanderesse]est rémunérée par la Ville de Vincennes dont elle est le co-contractant dans le cadre d'une opération de travaux publics et qu'ainsi, alors même qu'elle n'envisagerait pas, à ce stade, de réclamer une augmentation de sa rémunération....les faits de l'espèce ne sont pas manifestement insusceptibles de se rattacher à un litige relevant de la compétence du Juge administratif».*

La mission d'expertise ayant été exécutée, l'agence P.&P. est revenue au fond devant le Tribunal administratif de MELUN qui, pour sa part, doute sérieusement de sa compétence au point de vous saisir en prévention d'un conflit négatif eu égard au refus, devenu définitif, de la juridiction civile des référés de connaître de ce litige.

Dan son analyse du litige, le T.A. de MELUN «balise» bien les règles qui fondent d'ordinaire la compétence des juridictions administratives au regard des litiges nés de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant les participants à l'exécution des dits travaux, sauf le cas où les parties seraient liés par un contrat de pur droit privé.

Il se reconnaîtrait volontiers compétent pour trancher d'un litige opposant maître d'ouvrage et constructeurs constitués en groupement ou encore constructeurs d'un même groupement agissant en garantie les uns contre les autres, quand bien même la question de la répartition des prestations relèverait d'un contrat de pur droit privé conclu entre eux, sauf difficulté sérieuse de validité ou d'interprétation d'un tel contrat (votre jurisprudence société Ace european group T.C. 9 février 2015, n° 3983).

Mais il observe qu'au cas d'espèce aucune action ne vise le maître d'ouvrage lui-même et qu'au surplus la requête de l'agence P.&P. ne tendrait nullement à rechercher la «garantie» d'un autre membre du groupement de maîtrise d'oeuvre formé, pas plus que n'est remis en cause formellement l'avenant au marché principal du 8 mars 2011 signalé ci-dessus (dernier point qui est contestable).

Il en déduit que la demande de l'agence P.&P. recouvre en droit «un litige principal né de l'exécution d'un marché de travaux publics l'opposant à un autre participant à l'exécution de ces travaux».

Mais, déliant le faisceau des accords unissant l'agence P.&P. notamment à l'agence A.-B., le T.A. croit pouvoir détecter, au vu des écritures déposées, une convention au moins verbale de répartition sur le principe 50%/50%, signée avant l'engagement public initial du groupement, sensée couvrir les secteurs géographiques et les honoraires d'intervention, chacune des deux agences faisant siennes les interventions ponctuelles de la société Omnium général d'ingénierie à son profit.

Constatant que cette convention verbale de répartition amiable des honoraires est par nature civile, même si elle est la condition de l'exécution équilibrée de la prestation publique due à la Commune de Vincennes, le T.A. de MELUN en déduit qu'il ne lui appartient pas d'en connaître.

Mais, dûment avisé de la décision de rejet de compétence du Juge des référés civils du TGI de Paris qui a acquis autorité de chose jugée, il s'appuie alors sur les dispositions de l'article 32 du décret du 27 février 2015 pour vous saisir de cette question de compétence qui pourrait déboucher, à son sens, sur un conflit négatif, prenant soin de surseoir à statuer dans l'attente de votre décision.

*

Deux interrogations, liées l'une à l'autre, naissent de ce résumé des faits et des procédures:

La juridiction civile des référés a-t-elle sur le seul terrain de l'expertise et sous cette forme spécifique, engagé l'ensemble de son ordre juridictionnel et par là même ouvert la voie de la prévention d'un véritable conflit négatif de compétence dont vous seriez dès lors saisis ?

Mais principalement, avait-elle raison, en droit, de repousser la demande de l'agence P.&P.?

I / Le Juge des référés saisi d'une simple demande d'expertise peut-il, à lui seul, engager l'ensemble de son Ordre juridictionnel de rattachement lorsqu'il se déclare incompétent au profit de l'Ordre administratif ?

La question mérite d'être posée en ces termes puisque, par hypothèse, le Magistrat des référés statue en dehors de tout litige au fond déjà noué et que ne lui sont demandées, notamment au cas du référé-expertise, que des mesures d'investigations préalables qui permettront aux parties de mieux mesurer les chances et mérites d'une éventuelle instance au fond.

On pourrait en inférer une certaine «neutralité» de la démarche qui interdirait au Magistrat saisi, de préjuger du fond du litige et, notamment, de la nature privée ou administrative du lien contractuel qui fonde la demande d'expertise.

D'où l'on pourrait tirer, en l'espèce, qu'à ce stade de la procédure, et à défaut de véritable contentieux engagé par les parties, le conflit négatif n'a pu naître du seul refus de la juridiction civile de faire droit à la demande d'expertise et qu'il y aurait lieu à ce que la juridiction civile du fond fût saisie à nouveau pour confirmer son refus de traiter de ce litige.

Diverses objections conduisent à écarter une telle orientation:

Un tel raisonnement supposerait, a priori, que soit reconnu le fait que le Juge judiciaire des référés n'a pas complètement et régulièrement vidé sa saisine au sens où il se serait arrêté au seul constat de l'absence de preuve d'un contrat «amont» liant les deux co-traitants privés pour la répartition équitable des surfaces à traiter et des honoraires.

Mais tel n'est pas le cas de l'espèce puisque pour se déclarer incompétent le Juge civil fait sienne, au premier degré, notre jurisprudence DE CASTRO (T.C.24 novembre 1997, n° 3060) selon laquelle «un litige né de l'exécution d'un marché de travaux public et opposant des participants à l'exécution de ces travaux relève de la compétence de la juridiction administrative sauf si les parties en cause sont unies par un contrat de droit privé».

A la date de son ordonnance du 24 avril 2013, le Juge civil des référés non seulement ne trouve trace d'aucun contrat écrit de cette nature, mais celui-ci est au surplus complètement dénié par la défenderesse, situation qui évoluera devant le Juge administratif du fond (voir les mémoires en demande du 8 janvier 2016 et en réplique du 2 mars 2016 versés au dossier) .

En second lieu il convient de noter le caractère artificiel d'un tel processus qui conduirait inévitablement les parties à se retrouver devant le Juge civil alors qu'il ressort de leurs dernières écritures devant le Juge administratif (voir notamment le mémoire de l'agence P.&P. sur la compétence de la juridiction administrative déposé le 25 novembre 2015 au T.A. de MELUN) qu'elles s'accordent désormais sur la «qualification» de cette dernière pour juger leur procès.

Conduire le demandeur à se contredire en un si court laps de temps, avec le peu de chances de voir la juridiction civile se déjuger, offrirait le spectacle d'un «zèle juridique inutile» et d'une procédure excessivement longue imposée au demandeur, pour un résultat quasiment acquis d'avance.

II / Quel est le Juge le mieux placé, au fond, pour trancher ce litige de répartition d'honoraires nés de l'exécution d'un marché public de maîtrise d' oeuvre?

A / La position du Juge administratif:

Dès son ordonnance de référé du 3 septembre 2013, le Juge du T.A. de MELUN s'interroge sur sa compétence dans le litige qui lui est soumis ou du moins sur le lien à tisser entre la demande d'expertise et le marché public à l'occasion de l'exécution duquel il est saisi.

Il détermine d'emblée que la personne publique co-contractante, la Commune de Vincennes ne devrait pas être appelée, le moment venu, au fond puisque les termes de l'enveloppe financière globale de cette opération ne sont pas remis en cause.

Il note cependant l'obstacle de l'absence de convention privée écrite entre les parties soulevé par son homologue judiciaire et retient que «les faits ne sont pas manifestement insusceptibles de se rattacher à un litige relevant de la compétence de la juridiction administrative».

Qu'a acquis le juge administratif au fond et de plus à l'issue de l'expertise comme des échanges entre les parties qui l'ont saisi de leur litige?

1- que l'agence P.&P. doit être regardée comme ayant soumis au tribunal un litige principal né de l'exécution d'un marché public l'opposant à un autre participant à l'exécution des dits travaux,

2- que, *selon la thèse de l'agence P.&P.*, «préalablement à l'exécution du marché initial, les deux agences avaient convenu d'**une répartition équitable par moitié** des secteurs géographiques du marché d'aménagement urbain aboutissant à une répartition de l'enveloppe financière des travaux et donc des honoraires par moitié» (mémoire en réplique du 2 mars 2016 en page 2),

3- que, *selon la thèse de l'agence A.-B.*, « le contrat de maîtrise d'oeuvre a été établi sur deux principes fondateurs: d'une part une répartition des honoraires à 50/50 des parts des agences A-B et P.&P., d'autre part, un projet unique des espaces publics du centre ville de Vincennes. **La répartition des honoraires s'est traduite par un partage tacite, entre les deux agences, des surfaces à traiter, de chacune des trois phases des travaux**» (mémoire du 8 janvier 2016 en pages 4 et 5),

4- que, hors mis un tableau initial de répartition des tâches daté de décembre 2008, aucun écrit ne peut être produit en complément des pièces du marché initial et notamment venant contredire l'acte d'engagement initial signé avec la mairie de Vincennes qui porte, en page 5/15, dans la rubrique prix, la décomposition des rémunérations par intervenants du groupement de maîtrise d'oeuvre avec des pourcentages de 43,4% pour A-B, 27,88% pour P.&P. Et 28,72% pour O.G.I..

De manière significative, le T.A. De MELUN qui a manifestement connaissance, contrairement à son homologue civil qui statuait en 2013, de votre dernier arrêt Société ACE European group Limited c/ M.T. et autres du 9 février 2015, n° 3983, en retrace, en son considérant n°2 «sur la compétence de la juridiction administrative», toutes les lignes de force:

«Lorsque le Juge administratif est saisi d'un litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics opposant le maître de l'ouvrage à des constructeurs qui ont constitué un groupement pour exécuter le marché, il est compétent pour connaître des actions en garantie engagées par des constructeurs les uns envers les autres si le marché indique la répartition des prestations entre les membres du groupement; si tel n'est pas le cas le juge administratif est également compétent pour connaître des actions en garantie entre les constructeurs, quand bien même la répartition des prestations résulterait d'un contrat de droit privé entre eux, hormis le cas où la validité ou l'interprétation de ce contrat soulèverait une difficulté sérieuse.»

Retenant l'absence de litige opposant directement le maître d'ouvrage aux prestataires ayant constitué un groupement et l'existence d'un contrat «au moins verbal» de pur droit privé unissant les deux co-traitants au marché public de maîtrise d'oeuvre, il en déduit que la compétence administrative doit céder le pas, même si ce litige est susceptible de se rattacher à l'exécution d'un marché de travaux publics.

B / Cette analyse est-elle justifiée et fondée et doit-elle conduire inéluctablement à la désignation du juge judiciaire?

1/ sur le contrat de droit privé liant les parties à l'instance administrative:

La difficulté majeure que présente cette espèce tient au fait que les deux co-traitants en lices, manifestement liés par des liens d'amitié avant que la procédure ne naisse, n'ont absolument pas rédigé le moindre document écrit portant définition de la fameuse «clé parallèle» de répartition de leurs honoraires respectifs et ne sont toujours pas en accord sur son contenu exact.

Là où le demandeur évoque une répartition équitable des honoraires en fonction des surfaces à traiter, ce qui reste assez vague dans la mesure où ces surfaces ne sont pas déterminées par avance en détail, le défendeur évoque un «partage tacite des surfaces à traiter induisant un partage d'honoraires 50/50 sur les parts ainsi déterminées» ce qui ne recouvre pas la même réalité.

Si tant est que le juge civil soit saisi de cette question, il se heurtera à la même difficulté de preuve que celle qu'a rencontrée le juge administratif qui en fait mention en page 10 de son jugement.

Les autres pièces du dossier du marché public ne corroborent pas la thèse de l'agence P.&P. mais viennent plutôt confirmer la thèse d'un déséquilibre contractuel assumé dès l'origine.

La convention de groupement conjoint de maîtrise d'oeuvre versée aux débats devant le T.A. n'est d'aucun secours qui ne permet pas de déterminer, dans la répartition des tâches indiquée, la réalité des charges de chacun et surtout ne comporte aucun élément relatif aux honoraires.

Seul l'acte d'engagement, en ses pages 5 et 9 évoque clairement la décomposition des prix par intervenants où apparaissent les pourcentages de 43,4% pour A-B et 27,88% pour P.&P., corroborée, en page 9, par un tableau de répartition des rémunérations attendues par chaque co-traitant en fonction des éléments de mission accomplis qui accorde 741 933 € à A-B et 476 521 € à P.&P.

Mais il y a plus, car **de l'aveu même de l'agence P.&P. aucune difficulté n'a surgi de l'exécution du marché initial**. Les difficultés entre co-traitants sont uniquement nées de la signature de l'avenant n° 1 au marché public initial qui, selon ses propres termes, «en augmentant le périmètre de l'étude et des surfaces de plus de 24%, a conduit à une réévaluation considérable de son intervention dont les tableaux de répartition des honoraires attachés à cet avenant n'ont pas tenu compte» (voir jugement civil du 24 avril 2013 en page 3 in fine).

Selon P.&P., «la répartition des honoraires entre les membres du groupement a été conservée sur la masse initiale des travaux prévus au marché, soit avant la passation de l'avenant n° 1».

Il est intéressant de noter qu'au cours des échanges préalables à l'engagement du litige, l'agence A.-B. a clairement proposé à l'agence P.&P. la passation d'un nouvel avenant officiel destiné à régulariser cette question d'honoraires, proposition qui a été rejetée.

D'où l'on peut déduire que l'éventuel accord tacite ou verbal initial respecté au départ, auquel se réfère l'agence P.&P., n'avait plus cours et, en tout cas, ne pouvait plus servir de clé de répartition des honoraires faute d'une renégociation et d'un nouvel accord entre les parties: **ce qui revient à dire qu'à la signature de l'avenant n° 1, et faute d'un objet identique convenu, il n'y a plus de contrat privé du tout entre les deux agences**

Cette absence de contrat, voire la caducité du contrat initial, ne suffirait elle pas, seule, à qualifier le Juge administratif plutôt que le Juge judiciaire dans la mesure de votre jurisprudence DE CASTRO pré-citée ?

Il s'avère, au fond, que le litige est bien né de la rédaction défectueuse de l'avenant n° 1 qui pour n'avoir pas redéfini correctement les nouvelles missions et leur répartition, est la source du déséquilibre allégué. La lecture et l'interprétation de cet avenant ne relèvent-elles pas du juge du T.A.?

Mais il ressort également du dossier qu'un élément nouveau est intervenu dans le développement du litige qui nous incline à vous proposer de désigner la juridiction administrative.

2/ le litige né de la répartition des honoraires dont est saisi le T.A. dépasse désormais largement le cadre initial de la saisine du juge des référés civil:

Il apparaît désormais clairement que, si l'absence totale de convention privée va invariablement renvoyer à la lecture et l'interprétation de l'avenant n°1 au marché public, conduisant le Juge saisi à interpréter directement ses clauses et conditions, le litige lui-même s'est d'ores et déjà étendu à d'autres points.

Et au nombre de ceux-ci figure la contestation, par l'agence A.-B. de la qualité des prestations de son co-traitant développée en page 5 et 6 du mémoire de la défenderesse qui soutient désormais que l'agence P.&P. a été, sur de nombreux points, défaillante la contraignant à des interventions supplémentaires pour garantir la bonne exécution du marché qu'elles avaient signé en commun.

Il en résultera à l'évidence une évaluation préliminaire de la qualité voire de l'étendue exacte des prestations de chacune des agences qui ne paraît pas relever de l'office du juge civil au regard de la seule répartition des honoraires, une telle contestation devant conduire, le cas échéant, à une évaluation de la qualité des résultats du travail public obtenu par la collectivité locale maître d'ouvrage sur chacune des zones traitées par les deux prestataires.

Où l'on aborde désormais la notion de réparation d'un dommage subi par l'un des participants du fait des carences d'un autre dans la réalisation de l'opération, cadre dans lequel votre Tribunal avait reconnu la compétence administrative en deux espèces T.C. 17 janvier 1973, Société Quillery Goumy, n° 1973 et T.C. 22 avril 1985 Société Oléomat, n° 2361.

Au regard de ces difficultés majeures, il nous apparaît que la logique du «bloc de compétence» reconnu par votre arrêt du 9 février 2015 doit être conduite réellement à son terme complet.

L'attraction puissante de la notion même de marché public ou de travail public ne doit -elle pas, dans l'intérêt supérieur d'une bonne administration de la justice, vous conduire à reconnaître que, même en l'absence du maître d'ouvrage, et en toutes circonstances, seul le juge administratif doit connaître généralement des litiges opposant entre eux les participants privés à l'exécution d'un contrat de droit public?

Nous vous proposons donc, en l'espèce, de maintenir la compétence du Juge administratif.

PAR CES MOTIFS NOUS CONCLUONS:

- que la juridiction administrative est et demeure compétente pour connaître du litige opposant l'agence Péna & Péna à M. Bernard A. et Madame Annick B.