

Précisions sur l'appréciation de l'utilité et du périmètre d'une mesure d'expertise

Dans le cadre d'un référé expertise, si le maître d'ouvrage peut engager une action contre l'entrepreneur principal, le juge des référés n'a pas à rechercher si les actions à l'encontre de son sous-traitant sont prescrites. En outre, le Conseil d'État précise les éléments à prendre en compte pour apprécier l'utilité d'une mesure d'expertise et souligne que l'utilité ne saurait se confondre avec la responsabilité.

La décision du 26 juillet 2018 du Conseil d'État faisant l'objet du présent commentaire a été l'occasion pour la Haute juridiction de préciser l'office du juge du référé-expertise et notamment l'appréciation qu'il doit porter sur l'utilité et le périmètre de la mesure d'expertise qu'il lui est demandé de prononcer.

En l'espèce, le 29 septembre 2005, la commune de Villeneuve-sur-Lot a conclu avec plusieurs entreprises un marché public ayant pour objet la construction d'une maison de la vie associative. Le lot n° 2, relatif au gros œuvre, a été attribué à la société Simon Bonis et le lot n° 3, relatif au revêtement des sols souples, à la société Decopeint. La société Eurovia Aquitaine est, quant à elle, intervenue en qualité de sous-traitant de la société Simon Bonis pour réaliser des prestations de traitement à la chaux.

Les travaux relatifs au lot n° 2 ont été réceptionnés sans réserve le 17 octobre 2006. Cependant, la commune de Villeneuve-sur-Lot a constaté une dégradation anormale du revêtement du sol de la grande salle de réunion de la maison de la vie associative à compter de l'année 2015.

Afin de garantir ses droits et d'interrompre le délai de prescription de la garantie décennale, la commune de Villeneuve-sur-Lot a saisi le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux, le 7 octobre 2016, d'une demande tendant à la désignation d'un expert sur le fondement des dispositions de l'article R. 532-1 du Code de justice administrative.

La commune de Villeneuve-sur-Lot demandait que cette expertise, ayant pour objet de connaître les désordres survenus, soit réalisée contradictoirement avec la société Simon Bonis, la société Decopeint et leurs assureurs respectifs ainsi que divers entrepreneurs ayant pris part

Auteur

Laurent Bonnard
Avocat à la Cour
Seban et Associés

Référence

CE 26 juillet 2018, Axa France Iard, req. n° 15139

Mots clés

Référé expertise • Responsabilité • Sous-traitant • Utilité

aux travaux. La société Simon Bonis et son assureur ont demandé au juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux que l'expertise soit étendue à la société Eurovia Aquitaine en sa qualité de sous-traitant. Le juge des référés du tribunal administratif de Bordeaux a rejeté la demande d'expertise pour défaut d'utilité.

Par une ordonnance du 5 octobre 2017, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Bordeaux a, sur appel de la commune de Villeneuve sur Lot, annulé cette ordonnance et ordonné qu'il soit procédé à une expertise contradictoire entre les parties initialement mises en cause par la commune de Villeneuve-sur-Lot. Cependant, il a rejeté les conclusions de la société Simon Bonis et de son assureur tendant à ce que le périmètre de l'expertise soit étendu à la société Eurovia Aquitaine. La cour administrative d'appel de Bordeaux a en effet jugé que cette mesure était dépourvue d'utilité au motif que toute action en responsabilité à l'encontre de la société Eurovia Aquitaine était prescrite.

La société Simon Bonis et son assureur ont introduit un pourvoi en cassation à l'encontre de cette ordonnance. Les requérants soutenaient notamment que le juge des référés de la cour administrative d'appel de Bordeaux avait commis une erreur de droit en jugeant que l'extension du périmètre à la société Eurovia était dépourvue d'utilité.

Il résulte effectivement de l'article R. 532-1 du Code de justice administrative que l'utilité de la mesure d'expertise sollicitée est une condition nécessaire et suffisante pour que le juge prononce ladite mesure.

Le Conseil d'État a synthétisé sa jurisprudence relative aux critères à prendre en compte pour apprécier l'utilité d'une mesure dans sa décision du 14 février 2017 en jugeant que « l'utilité d'une mesure d'instruction ou d'expertise qu'il est demandé au juge des référés d'ordonner sur le fondement de l'article R. 532-1 du CJA doit être appréciée, d'une part, au regard des éléments dont le demandeur dispose ou peut disposer par d'autres moyens et, d'autre part, bien que ce juge ne soit pas saisi du principal, au regard de l'intérêt que la mesure présente dans la perspective d'un litige principal, actuel ou éventuel, auquel elle est susceptible de se rattacher ; qu'à ce dernier titre, il ne peut faire droit à une demande d'expertise lorsque, en particulier, elle est formulée à l'appui de prétentions qui ne relèvent manifestement pas de la compétence de la juridiction administrative, qui sont irrecevables ou qui se heurtent à la prescription ; que, de même, il ne peut faire droit à une demande d'expertise permettant d'évaluer un préjudice, en vue d'engager la responsabilité d'une personne publique, en l'absence manifeste de lien de causalité entre le préjudice à évaluer et la faute alléguée de cette personne »⁽¹⁾.

Il ressort de cette décision que l'utilité d'une mesure s'apprécie au travers de deux critères. Tout d'abord, au regard de la nécessité de prononcer une telle mesure : il n'est effectivement pas utile que le juge prononce une

mesure si le requérant peut obtenir les effets escomptés de cette mesure par d'autres moyens. Ensuite, au regard de l'opportunité de prononcer une telle mesure : il s'agit ici d'apprécier l'apport de la mesure demandée au regard des actions contentieuses engagées ou susceptibles de l'être.

Ce second critère fait l'objet d'un examen en deux temps. Avant d'apprécier la pertinence de la mesure en vue d'un litige principal, le juge des référés doit s'assurer, dans un premier temps, qu'un tel litige est susceptible de naître. Et, ce n'est que s'il répond positivement à cette question que le juge des référés apprécie, dans un second temps, si la mesure demandée présente un intérêt dans la perspective dudit litige.

En l'espèce, le Conseil d'État va tout d'abord analyser l'existence d'un potentiel litige au principal et juger que dès lors que la personne publique maître d'ouvrage peut engager une action contre l'entrepreneur principal, le juge des référés n'a pas à rechercher si les actions à l'encontre de son sous-traitant sont prescrites. Le Conseil d'État précise ensuite les éléments à prendre en compte pour apprécier si l'extension du périmètre de l'expertise à un sous-traitant revêt un caractère d'utilité, jugeant par là-même que l'utilité ne saurait se confondre avec la responsabilité.

La prescription des actions en responsabilité de l'entrepreneur contre son sous-traitant : quelle incidence ?

L'utilité d'une mesure s'appréciant en fonction du litige principal, actuel ou éventuel, le Conseil d'État rappelle ici la nécessité pour le juge des référés de s'assurer de la potentialité d'un tel litige. L'existence d'un potentiel litige principal entre la personne publique maître d'ouvrage et l'entrepreneur principal étant constatée, il n'appartient pas au juge des référés de rechercher si l'action de l'entrepreneur principal contre son sous-traitant est prescrite pour apprécier l'utilité d'étendre le périmètre de l'expertise à ce dernier.

L'utilité de la mesure conditionnée par la potentialité d'un litige principal

L'utilité de la mesure s'apprécie en vue de l'intérêt qu'elle peut apporter au litige principal. Un préalable logique consiste donc pour le juge des référés à s'interroger sur la potentielle existence d'un litige au principal. En effet, si un tel litige n'est pas susceptible de naître, la mesure est par définition inutile.

Afin d'illustrer la nécessité de cette recherche, M. Olivier Henrard, rapporteur public dans l'affaire ici com-

(1) CE 14 février 2017, Mme B., req. n° 401514.

mentée⁽²⁾, cite les conclusions de Mme. Latournerie dans ses conclusions sur l'affaire Férignac du 17 décembre 1976, où elle déclarait qu'« il n'est d'aucun intérêt pratique d'accepter d'intervenir au niveau du référé, s'il est évident qu'il sera impossible de statuer au fond sur les conclusions ultérieures dont la procédure de référé a pour objet d'accroître les chances de succès selon le requérant »⁽³⁾.

Ainsi, l'utilité de la mesure est conditionnée par la potentialité d'un litige et il en découle une conséquence directe pour le requérant et pour le juge des référés.

S'agissant du requérant, il lui revient d'exposer le litige en vue duquel la mesure d'expertise est demandée. Il ne peut se borner à faire état de difficultés générales avec son co-contractant sans préciser « la nature du litige [qu'il] envisagerait d'engager contre ce dernier »⁽⁴⁾.

Quant au juge des référés, le Conseil d'État rappelle dans l'affaire commentée qu'il relève de son office de rechercher la possible existence d'un litige principal. C'est ainsi que la condition d'utilité n'est pas remplie s'agissant d'une demande d'expertise formulée pour apprécier un préjudice indemnitaires alors que l'action indemnitaires est prescrite⁽⁵⁾. La condition d'utilité n'est pas davantage remplie lorsque l'action au principal est irrecevable faute pour le requérant d'avoir laissé expirer les délais de recours contentieux⁽⁶⁾. Et, elle fait également défaut lorsqu'elle a pour objet d'évaluer un préjudice en vue d'engager la responsabilité d'une personne publique alors que le juge constate l'absence manifeste de lien de causalité entre le préjudice à évaluer et la faute alléguée de cette personne⁽⁷⁾.

En outre, le Conseil d'État juge également que l'utilité de la mesure doit s'apprécier « dans la perspective d'un litige principal actuel ou éventuel, relevant lui-même de la compétence de ce tribunal »⁽⁸⁾. Dans cette hypothèse, il se peut que le requérant soit en mesure d'introduire une action au fond devant l'ordre judiciaire mais, nonobstant la potentialité d'une action contentieuse, le juge administratif se refuse à faire droit à une demande d'expertise qui aurait vocation à éclairer un litige échappant à sa compétence.

Enfin, l'office du juge des référés connaît une limite s'agissant de l'appréciation d'un potentiel litige puisque s'il « ne peut faire droit à une demande d'expertise

lorsqu'elle est formulée à l'appui de prétentions qui ne relèvent manifestement pas de la compétence de la juridiction administrative, qui sont irrecevables ou qui se heurtent à la prescription, il ne lui appartient pas, en revanche, d'apprécier leur chance de succès »⁽⁹⁾.

En l'espèce, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Bordeaux s'est fondé sur la jurisprudence précitée pour juger que l'action en responsabilité décennale de la commune de Villeneuve-sur-Lot et de l'entrepreneur à l'encontre de sa société sous-traitante étant prescrite, la condition d'utilité faisait défaut pour l'inclure dans le périmètre de l'expertise.

Or, il n'était pas acquis que le juge des référés ait à rechercher, pour apprécier la condition d'utilité de la mesure d'expertise, si les prétentions de la commune et de l'entrepreneur principal à l'encontre de son sous-traitant étaient prescrites.

L'utilité de l'extension du périmètre de l'expertise à un sous-traitant non subordonnée à l'existence d'une action en responsabilité à son encontre

Le Conseil d'État va censurer le raisonnement du juge des référés de la cour administrative d'appel de Bordeaux en jugeant « qu'en se fondant sur ce motif⁽¹⁰⁾ pour écarter les conclusions de la société Simon Bonis et de son assureur tendant à ce que la société Eurovia soit attraitée à l'expertise, alors qu'il lui appartenait seulement de déterminer si la mise en cause de la société Eurovia était utile à la réalisation de l'expertise sollicitée par la commune de Villeneuve-sur-Lot, dont il avait admis que les prétentions n'étaient pas prescrites, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Bordeaux a commis une erreur de droit ».

Le juge des référés de la cour administrative d'appel de Bordeaux, après avoir constaté que l'action en responsabilité décennale qui pouvait être engagée à l'encontre du sous-traitant était prescrite, en a déduit qu'aucun litige ne pouvait naître contre le sous-traitant et que la mesure était, au regard de la jurisprudence précitée, dépourvue d'utilité.

Or, en subordonnant l'utilité de l'extension du périmètre à la société sous-traitante à l'existence d'un litige actuel ou éventuel contre cette société, le juge des référés de la cour administrative d'appel de Bordeaux a ajouté une condition supplémentaire à la jurisprudence du Conseil d'État.

En effet, la possibilité d'un litige principal actuel ou éventuel est une condition suffisante pour apprécier l'utilité d'une mesure d'expertise. Le juge des référés n'a donc pas également à rechercher si la partie attraitée

(2) Nous remercions M. le rapporteur public ainsi que le Centre de recherches et de diffusion juridiques du Conseil d'État d'avoir accepté de nous communiquer les conclusions prononcées sur cette affaire.

(3) M.-A. Latournerie, Concl. sur CE, Ass., 17 décembre 1976, Férignac, req. n° 00217.

(4) CAA Paris 31 décembre 2013, SAS Ludo vert, req. n° 13PA011742.

(5) CE 13 juillet 2011, Office national d'indemnisation des accidents médicaux, req. n° 354756.

(6) CE 19 décembre 2008, M. et Mme A, req. n° 314505.

(7) CE 14 février 2017, Mme Bernard, req. n° 401514.

(8) CE 30 décembre 2002, OPH de Nice et des Alpes-Maritimes, req. n° 241793.

(9) CE, 23 décembre 2016, M. C...A..., req. n° 403197.

(10) Le motif relatif à la prescription de la responsabilité décennale à l'encontre de la société sous-traitante.

à l'expertise est également susceptible d'être partie au litige principal.

En l'espèce, il ne résultait pas de la prescription de l'action en garantie décennale contre le sous-traitant, une absence totale de litige principal. C'est ce que le Conseil d'État relève lorsqu'il souligne dans une incise que les prétentions de la commune de Villeneuve-sur-Lot n'étaient pas prescrites. Cette dernière était effectivement en mesure d'introduire une action indemnitaire à l'encontre de l'entrepreneur principal.

Ainsi, en constatant que les prétentions de la commune de Villeneuve-sur-Lot n'étaient pas prescrites, le juge des référés de la cour administrative d'appel avait d'ores et déjà contrôlé l'existence d'un potentiel litige principal. Il n'avait pas, en sus, à apprécier si les prétentions de l'entrepreneur principal et de la commune de Villeneuve-sur-Lot contre la société Eurovia se heurtaient à une prescription. Il « lui appartenait seulement de déterminer si la mise en cause de la société Eurovia était utile à la réalisation de l'expertise sollicitée par la commune de Villeneuve-sur-Lot ».

Au regard de cette erreur de droit, le Conseil d'État a annulé l'ordonnance litigieuse et a statué au fond sur le fondement de l'article L. 821-2 du Code de justice administrative.

L'utilité de l'extension du périmètre de l'expertise à un sous-traitant

Le Conseil d'État rappelle les éléments à prendre en compte pour apprécier la mise en cause d'un sous-traitant à une mesure d'expertise. Cette décision permet de clairement distinguer l'appréciation de l'utilité de l'extension du périmètre de l'expertise et la responsabilité des parties attirées à l'expertise.

Les critères d'appréciation de l'utilité de la mise en cause d'un sous-traitant à une mesure expertise

Appréciant l'utilité de l'extension du périmètre de l'expertise à la société sous-traitante, le Conseil d'État juge qu'il « résulte de l'instruction que la mise en cause de la société Eurovia est utile à la réalisation de l'expertise sollicitée par la commune de Villeneuve-sur-Lot afin de décrire et analyser les désordres affectant la grande salle de réunion de la maison de la vie associative, de déterminer les mesures conservatoires devant être prises, de déterminer l'origine, l'étendue et la cause des désordres et de chiffrer les préjudices subis par la commune » pour conclure « qu'il y a lieu, dès lors, de faire droit à la demande des sociétés Simon Bonis et Axa France lard et d'attirer la société Eurovia à l'expertise ordonnée ».

Ainsi qu'il a été exposé, le juge des référés, une fois qu'il s'est assuré de l'existence d'un litige principal actuel ou éventuel, apprécie l'utilité de la mesure d'expertise qu'il lui est demandée en considération de son intérêt au regard de ce litige.

En l'espèce, le Conseil d'État a relevé que la participation de la société sous-traitante à l'expertise permettrait de mieux appréhender les désordres survenus, leur cause et les préjudices qui en découlaient pour la commune de Villeneuve-sur-Lot. Cette participation présentait donc un intérêt pour le litige en responsabilité engagé par la commune à l'encontre de l'entrepreneur. Elle était par là-même utile au sens de l'article R. 532-1 du Code de justice administrative. Le Conseil d'État a donc étendu le périmètre de l'expertise à la société sous-traitante.

Deux enseignements principaux peuvent être tirés de cette décision quant à l'appréciation de l'utilité de l'extension du périmètre de l'expertise à un sous-traitant.

En premier lieu, on relèvera que l'appréciation de l'utilité de l'extension du périmètre de l'expertise tend à se confondre avec l'appréciation de l'utilité de l'expertise elle-même. En d'autres termes, dès lors qu'une expertise apparaît utile en vue d'éclairer la solution à donner au litige principal, il sera utile d'attirer à cette expertise toute personne qui pourrait apporter son savoir à la bonne exécution de cette mission d'expertise. Ainsi, dans une décision récente, le Conseil d'État avait d'ailleurs précisé que l'extension du périmètre d'une expertise à un tiers pouvait présenter un caractère utile dès lors que « l'examen de questions techniques [par le tiers] se révélerait indispensable à la bonne exécution de cette mission »⁽¹¹⁾.

En second lieu, le Conseil d'État confirme ici la possibilité d'étendre le périmètre de l'expertise à des parties qui ne seraient pas elles-mêmes parties au litige principal. Dans un arrêt du 12 janvier 2011, le Conseil d'État avait déjà jugé qu'un maître d'ouvrage était fondé à demander à ce que l'expertise soit étendue à un sous-traitant nonobstant l'absence de lien contractuel entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant⁽¹²⁾. Dans le prolongement de cette jurisprudence, le Conseil d'État juge au cas d'espèce que l'entrepreneur principal peut attirer son sous-traitant à l'expertise demandée par le maître d'ouvrage en dépit du fait que ce sous-traitant ne soit pas partie au litige principal en raison de l'absence d'actions en responsabilité à son encontre.

Ce constat amène à distinguer les notions d'utilité et de responsabilité en matière d'expertise.

La distinction de l'utilité et de la responsabilité en matière d'expertise

Les juridictions du fond ont commis, dans l'affaire en cause, une erreur de droit en procédant à une confusion entre l'utilité et la responsabilité.

En effet, la participation d'une personne à une expertise sur le fondement de l'article R. 532-1 du Code de justice administrative s'apprécie toujours en fonction de l'utilité

(11) CE 11 juillet 2018, Société Diffazur Piscines, req. n° 416635.

(12) CE 12 janvier 2011, Société OTV France, req. n° 337889.

que présente sa participation à l'expertise et non de sa responsabilité.

Cette exigence découle en premier lieu du fait qu'il n'appartient pas au juge des référés, saisi sur le fondement de l'article précité, de se prononcer sur la responsabilité des intervenants à l'expertise. Le juge des référés qui subordonne la mise en cause d'une personne à sa responsabilité potentielle outrepassé donc sa compétence.

Cette exigence découle en second lieu de la raison d'être de l'expertise. Il s'agit de mettre le juge du litige principal en mesure d'appréhender les problématiques techniques lui permettant, in fine, de se prononcer sur les responsabilités des différentes parties à ce litige. On comprend dès lors qu'il n'est pas nécessaire qu'un tiers soit responsable et partie à ce litige principal pour qu'il soit attrait à l'expertise. Il faut et il suffit que sa participation permette d'appréhender les problématiques techniques de ce litige. C'est pour cette raison que le rapporteur public sur l'affaire commentée pouvait écrire qu'en la matière « le juge du référé doit se borner à apprécier si la mise en cause du sous-traitant est utile ou non à la réalisation de l'expertise sollicitée pour éclairer le litige

au fond qui se déroule devant le juge administratif »⁽¹³⁾ et qu'il n'a pas à apprécier la responsabilité potentielle de ce sous-traitant, s'il a au préalable constaté l'existence d'un potentiel litige principal.

En conclusion, la ligne de défense d'une partie tendant à soutenir que sa participation à l'expertise ne saurait être ordonnée au motif qu'elle ne serait manifestement pas responsable des désordres causés ou que les actions à son encontre sont prescrites ou infondées n'apparaît pas pertinente. En effet, dès lors que le juge des référés a identifié un possible litige principal, seule l'utilité de l'extension du périmètre de l'expertise doit être appréciée. Aussi, le sous-traitant qui souhaite échapper à une mise en cause devra s'attacher à démontrer que sa participation à l'expertise serait dépourvue d'utilité au motif, par exemple, qu'il ne saurait apporter un éclairage pertinent sur les désordres survenus et les préjudices qui en découlent pour le maître d'ouvrage.

(13) O. Henrard, concl. sur CE 26 juillet 2018, Axa France Iard, req. n° 415139.