



INFORMATION relative au rapport du conseiller rapporteur

Le présent rapport a été établi par un magistrat de la Cour de cassation, désigné conseiller rapporteur, en vue d'instruire une affaire (le « pourvoi en cassation ») soumise à la Cour de cassation. Au vu de ce rapport et des autres documents de la procédure, et après en avoir délibéré dans une formation de jugement comportant plusieurs juges, la Cour de cassation a tranché l'affaire par un arrêt, également diffusé sur Judilibre. Ce rapport est un document de travail préparatoire établi, d'abord, à l'intention des magistrats du siège de la Cour appelés à trancher l'affaire. Ces magistrats sont des spécialistes de la question de droit examinée dans le rapport, qui n'a dès lors pas vocation à faire une présentation doctrinale de l'état du droit, mais à procéder à l'analyse de la procédure, des éléments de droit pertinents et des éventuels enjeux juridiques de l'affaire. Conformément au principe du contradictoire, ce document est également communiqué aux parties ou à leurs avocats, ainsi qu'à l'avocat général. Enfin, ce rapport fournit une analyse à l'issue de laquelle le conseiller rapporteur ne donne pas son avis, lequel est soumis au secret du délibéré. Le rapport est donc toujours complété par deux autres documents établis par le rapporteur à l'intention des autres magistrats de la formation de jugement : une note d'avis et le ou les projets d'arrêts qu'il a préparés. Ces documents ne sont pas accessibles sur Judilibre.

N° E2414360	21 janvier 2026	C3	
Décision attaquée : 12 mars 2024 de la cour d'appel de Toulouse			

la société Giraud-Serin C/ la Société nouvelle Thomas et Danizan Midi Pyrénées	
rapporteur : Aline Bironneau	RAPPORT

TABLEAU SYNOPTIQUE DU RAPPORTEUR

Identification du ou des points de droit à juger	détermination du juge compétent pour statuer sur l'action en responsabilité engagée à l'égard du mandataire d'un groupement d'entrepreneurs chargé d'un marché de travaux publics par les membres de ce groupement
--	--

Formation proposée (lorsque l'affaire n'est pas déjà audenciée)	☒ formation restreinte ☐ formation de section ☐ option possible : formation restreinte ou de section
Nombre de projets d'arrêt préparés	☒ un projet d'arrêt

1 - Rappel des faits et de la procédure

La région Midi-Pyrénées, devenue la région Occitanie, a attribué le lot n° 2 « clos et couvert » d'un marché de reconstruction d'un lycée à un groupement d'entreprises conjointes composé de la Société nouvelle Thomas et Danizan Midi-Pyrénées (la SNTD), de la société Serin constructions métalliques, aux droits de laquelle vient la société Giraud-Serin, ainsi que des sociétés Soprema, SMAC, Metalsigma Tunesi Spa (la société Metalsigma), Construction [Localité 1] et SOS habitat.

Avant même la réception du chantier intervenue le 5 janvier 2009, un litige est survenu lorsque la société d'économie mixte de construction et de gestion de Midi-Pyrénées (la société COGEMIP), mandataire du maître de l'ouvrage, a entendu appliquer des pénalités de retard aux membres du groupement.

La SNTD, mandataire commun du groupement, a proposé au maître de l'ouvrage de mettre à la charge de la société Metalsigma environ 67% de ces pénalités et le solde à la charge de la société Serin constructions métalliques.

La société Metalsigma a obtenu du juge des référés du tribunal administratif de Toulouse une expertise pour déterminer la répartition des pénalités provisoires au sein du groupement.

L'expert, qui a déposé son rapport le 8 décembre 2011, a conclu que sur le retard arrêté à 75 semaines, 69 semaines étaient imputables aux entreprises dont 8,7 % à la société SNTD, 13 % à la société Metalsigma et 78,3 % à la société Serin constructions métalliques.

Pour l'établissement du décompte général définitif, la maîtrise d'ouvrage déléguée a retenu la répartition des pénalités proposée par la SNTD sur la base des conclusions de l'expert.

À la suite du rejet implicite des réclamations faites par les entreprises concernées relativement aux sanctions ainsi appliquées, les juridictions administratives et judiciaires ont été saisies au fond par différents constructeurs.

Par un arrêt du 25 mars 2021, irrévocable, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rejeté les demandes de la société Giraud-Serin et condamné cette dernière à verser à la région Occitanie la somme de 4 285 388,21 euros correspondant au solde de la part de marché relatif au sous lot n° 2-2 (après application de pénalités de retard à hauteur de 4 693 038,75 euros TTC, soit 78,3% du montant global des pénalités de retard infligées au groupement d'entreprise en charge du lot n° 2).

Le juge administratif a retenu, en substance, que le maître de l'ouvrage était tenu de suivre la clé de répartition des pénalités de retard entre membres du groupement fournie par le mandataire commun, de sorte que la société Giraud-Serin ne pouvait utilement contester,

dans le cadre du recours qu'elle avait formé à l'encontre du maître de l'ouvrage pour établir le solde de sa part de marché, le taux de 78,3 % que la région Occitanie lui avait appliqué conformément à ces indications.

Par un arrêt du 16 décembre 2021, irrévocable, la cour administrative d'appel de Bordeaux a ramené à un montant total de 164 757,39 euros, assorti des intérêts moratoires à compter du 11 août 2011 et de la capitalisation des intérêts à compter du 12 août 2012, ainsi qu'à chaque échéance annuelle à compter de cette date, la somme que la région Occitanie a été condamnée à verser à la société Metalsigma par le tribunal administratif de Toulouse et elle a rejeté les autres prétentions des parties.

Dans cette procédure également, le juge administratif a considéré que le maître d'ouvrage, tenu de se conformer aux indications du mandataire pour procéder à la répartition des pénalités entre les membres du groupement, a appliqué à bon droit la clé de répartition proposée par ce dernier pour le calcul des pénalités de la société Metalsigma, à hauteur de 13% pour cette dernière et qu'à défaut de présenter des conclusions dirigées contre les autres sociétés membres du groupement, tendant au règlement, par le juge administratif, de la répartition finale de ces pénalités entre elles, cette société ne pouvait utilement contester le taux de pénalités mis à sa charge en soutenant que l'expert aurait mal apprécié l'origine des retards.

En ce qui concerne les différentes procédures judiciaires:

1) La **société Metalsigma** a assigné devant le tribunal de commerce de Toulouse la SNTD et les sociétés Serin constructions métalliques et SMAC, aux fins d'indemnisation.

Dans ses conclusions de reprise d'instance devant le juge consulaire, elle n'a plus présenté que des demandes de condamnation exclusivement dirigées à l'égard de la SNTD, invoquant notamment une répartition erronée des pénalités de retard, l'absence de transmission à la maîtrise d'ouvrage de réserves sur la moins-value de l'avenant n° 6 et le retard dans la présentation du projet de décompte final.

Statuant sur l'exception d'incompétence au profit de la juridiction administrative soulevée par la société SNTD, **le tribunal de commerce de Toulouse**, suivant **jugement du 20 avril 2023**, s'est déclaré compétent, a invité les parties à conclure au fond pour une prochaine audience de mise en état, a dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile et a réservé les dépens.

La SNTD a interjeté appel et, selon **arrêt du 12 mars 2024 (N° RG 23/01664)**, la **cour d'appel de Toulouse** a, entre autres dispositions:

- infirmé en toutes ses dispositions le jugement rendu par le tribunal de commerce de Toulouse le 20 avril 2023;

Statuant à nouveau et y ajoutant,

- déclaré le juge de l'ordre judiciaire incompétent pour connaître des demandes formées par la société Metalsigma à l'endroit de la SNTD;
- renvoyé les parties à mieux se pourvoir;
- condamné la société Metalsigma aux dépens de première instance et d'appel;

- condamné la société Metalsigma à payer à la SNTD la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

C'est la décision attaquée par:

- **un pourvoi N° B24-14.909 de la société SMAC formé le 7 mai 2024;**
- **un pourvoi N° Z24-14.470 de la société Metalsigma formé le 24 avril 2024.**

2) La société Serin constructions métalliques, aux droits de laquelle vient la société Giraud-Serin, a assigné la SNTD devant le tribunal de commerce de Toulouse aux fins de condamnation à lui payer la somme de 4 693 038,75 euros TTC assortie des intérêts, en réparation du préjudice subi en raison de la faute commise par le mandataire du groupement momentané d'entreprises, sous la forme d'une appréciation erronée des pénalités de retard.

Statuant sur l'exception d'incompétence au profit de la juridiction administrative soulevée par la SNTD, **le tribunal de commerce de Toulouse, suivant jugement du 11 mai 2023 :**

- s'est déclaré compétent;
- a sursis à statuer dans l'attente du jugement définitif concernant le litige opposant la société Giraud-Serin à la société CCB et à la société Arcelor Mittal et a invité les parties à conclure au fond pour une prochaine audience de mise en état;
- a dit n'y avoir lieu à application de l'article 700 du code de procédure civile;
- a réservé les dépens.

La SNTD a interjeté appel et, selon **arrêt du 12 mars 2024 (N° RG 23/01911), la cour d'appel de Toulouse** a, entre autres dispositions,

- infirmé en toutes ses dispositions le jugement rendu par le tribunal de commerce de Toulouse le 11 mai 2023;

Statuant à nouveau et y ajoutant,

- déclaré le juge de l'ordre judiciaire incompétent pour connaître des demandes formées par la société Giraud-Serin à l'endroit de la SNTD dans l'assignation du 23 septembre 2019;
- renvoyé les parties à mieux se pourvoir;
- condamné la société Giraud-Serin aux dépens de première instance et d'appel;
- condamné la société Giraud-Serin à payer à la SNTD la somme de 3 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

C'est la décision attaquée par un **pourvoi n° E24-14.360 du 22 avril 2024 formé par la société Giraud-Serin.**

Procédure devant la Cour de cassation

Pourvoi	N° E2414360 Du 22 avril 2024
Mémoire ampliatif	Déposé le 8 août 2024 (article 700 CPC : 4 500 euros).
Mémoires en défense et pourvois incidents	Mémoire en défense de la SNTD déposé le 14 octobre 2024 (article 700 CPC : 4 000 euros).

La procédure semble régulière et l'affaire en état d'être jugée.

2 - Exposé des moyens (moyen unique)

La société Giraud-Serin fait grief à l'arrêt de déclarer le juge de l'ordre judiciaire incompétent pour connaître de ses demandes à l'endroit de la SNTD et de renvoyer les parties à mieux se pourvoir, alors:

*« que le litige opposant deux sociétés membres du même groupement de maîtrise d'œuvre et liées entre elles par un contrat de droit privé, hors tout litige né de l'exécution d'un marché public de travaux qui aurait opposé le maître de l'ouvrage à un ou des constructeurs et qui n'implique pas l'appréciation des conditions dans lesquelles un contrat portant sur la réalisation de travaux publics a été exécuté, ne met en cause que les conditions d'exécution de ce contrat de droit privé et ainsi uniquement des relations de droit privé, le juge judiciaire étant ainsi compétent pour en connaître ; qu'en énonçant, pour considérer que la juridiction judiciaire était incompétente pour connaître de l'action en responsabilité contractuelle engagée par la société Giraud Serin contre le mandataire, que "soutenir devant le juge de l'ordre judiciaire que le mandataire du groupement a commis une faute en appliquant la répartition adressée au maître de l'ouvrage délégué sur la base des travaux de l'expert judiciaire nommé par la juridiction administrative, conduit à inviter le juge saisi à examiner les conditions d'exécution du marché public par les divers intervenants, membres ou non du groupement d'entreprises", après avoir constaté que l'action engagée par la société Giraud Serin était fondée sur les manquements contractuels de la société SNTD, en dehors de toute action portant sur le principe ou la répartition des pénalités de retard et que les conditions d'exécution du marché avaient déjà donné lieu à une décision définitive du juge administratif, ce dont il résultait que l'action engagée par la société Giraud Serin l'avait été en dehors de tout litige relatif à l'exécution du marché de travaux publics et ne pouvait donc donner lieu à l'appréciation des conditions d'exécution de celui-ci, **la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé la loi des 16 et 24 août 1790 et le principe de séparation des pouvoirs entre l'autorité judiciaire et le juge administratif** ».*

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Quel est le juge compétent pour statuer sur l'action en responsabilité engagée par les membres d'un groupement d'entrepreneurs chargé d'un marché de travaux publics à l'égard du mandataire de ce groupement ?

4 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

4-1 La répartition des compétences entre juge administratif et juge judiciaire s'agissant des marchés de travaux publics

Le principe gouvernant la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction s'agissant des litiges nés de l'exécution d'un marché de travaux publics et

opposant des participants à l'exécution de ces travaux a été fixé dans l'arrêt dit société de Castro du 24 novembre 1997:

« le litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics 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. »

([Tribunal des conflits, 24 novembre 1997, pourvoi n° 97-03.060, Bull. 1997, T. conflits, n° 19](#) ; [1re Civ., 19 octobre 2004, pourvoi n° 02-18.827, publié](#)).

Cette formulation a été reprise avec constance dans les décisions ultérieures de cette juridiction:

« Le litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des participants à l'exécution de ces travaux relève de la compétence de la juridiction administrative, quel que soit le fondement juridique de l'action engagée, sauf si les parties en cause sont unies par un contrat de droit privé .

Dés lors, une société ayant participé à l'exécution des travaux de réalisation d'une retenue collinaire sans être liée par un contrat de droit privé à la commune qui a passé le marché, le litige qui les oppose relève de la juridiction administrative. »

[Tribunal des conflits, 28 mars 2011, pourvoi n° 11-03.773, T. confl., Bull. 2011, n° 8](#)

Dans son rapport relatif à la décision du Tribunal des conflits, 8 février 2021, pourvoi n° 21-04.203) , M. Schwartz, rapporteur, précise toutefois que cette exception a été strictement appliquée, en raison, d'une part, de l'effet attractif de la notion de travaux publics et, d'autre part, de la volonté de créer un bloc de compétence au profit du juge administratif afin d'éviter un éparpillement des contentieux.

Des décisions ultérieures à l'arrêt dit société de Castro ont d'ailleurs précisé -et parfois limité- la portée de cette jurisprudence.

Il a ainsi été jugé qu'un sous-traitant ayant participé à une opération de travaux publics, mais ayant réalisé ces travaux à raison d'un contrat de droit privé, ne pouvait voir sa responsabilité quasi-délictuelle recherchée sur d'éventuels manquements à ses obligations contractuelles que devant la juridiction de l'ordre judiciaire ([Tribunal des conflits, 8 juin 2007, pourvoi n° 07-03.515, Bull. 2007, T. conflits, n° 24](#)).

En effet, aucun lien n'existait entre le maître d'ouvrage et le sous-traitant et, de plus, la responsabilité de ce dernier était recherchée sur le fondement d'éventuelles fautes dans l'exécution de ses obligations contractuelles à l'égard de l'entrepreneur principal.

Et dans l'hypothèse de l'action d'une commune contre son sous-traitant et son assureur:

« Le litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des participants à l'exécution de ces travaux ressort à la compétence des juridictions de l'ordre administratif, sauf si les parties en cause sont unies par un contrat de droit privé.

Relève dès lors de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire l'action formée par une commune à l'encontre de l'assureur d'un sous-traitant de l'entrepreneur titulaire d'un marché public

de travaux, en ce qu'elle est relative à l'exécution d'un contrat de droit privé passé entre le sous-traitant et l'assureur.

Relève en revanche de la compétence des juridictions de l'ordre administratif l'action en responsabilité fondée sur la garantie décennale formée par une commune à l'encontre d'un sous-traitant du titulaire du marché public de travaux. »

[Tribunal des conflits, 2 juin 2008, pourvoi n° 08-03.621, Bull. 2008, T. conflits, n° 15](#)

4-2 Les solutions adoptées pour les groupements conjoints d'entreprises

D'autres décisions du Tribunal des conflits ont porté plus particulièrement sur la situation des groupements de constructeurs.

Un groupement conjoint d'entreprises est une modalité d'attribution d'un marché public à plusieurs entreprises. Dépourvu de personnalité juridique, ce groupement n'a pour objet que l'exécution des prestations qui font l'objet du marché. Il peut être conjoint ou solidaire, chacun des membres du groupement étant, dans ce dernier cas, engagé financièrement pour la totalité du marché (actuels articles R. 2142-19 à R.2142-27 du code de la commande publique). L'intérêt pour le maître de l'ouvrage d'avoir attribué le marché à un groupement conjoint plutôt que d'avoir conclu autant de marchés que ce groupement comporte de membres est d'avoir un interlocuteur unique, le mandataire du groupement.

S'agissant des litiges nés de l'exécution d'un marché de travaux publics opposant des constructeurs qui ont constitué un groupement, le juge administratif est compétent pour connaître des actions en garantie engagées par les 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 conclu entre eux, « *hormis le cas où la validité ou l'interprétation de ce contrat soulèverait une difficulté sérieuse.* » (Tribunal des conflits, [9 février 2015, pourvoi n° 15-03.983, Bull. 2015, T. conflits, n° 5](#)).

Selon Mme Vassallo, rapporteur public dans le cadre de l'affaire Egis Bâtiments Centre Ouest c/SARL Jean Pierre Renault architecte (Tribunal des conflits, 10 décembre 2018) , cette décision du 9 février 2015 « *a fait bouger les lignes et renforcé le bloc de compétence administratif en étendant la compétence de la juridiction administrative dans les litiges opposant maître d'ouvrage et constructeurs constitués en groupement. Vous avez décidé, dans le cas où le marché indique la répartition des prestations, mais aussi dans le cas, plus surprenant, où il ne l'indique pas et où la prestation résulte d'un contrat de droit privé entre les constructeurs et sauf difficulté sérieuse, que le juge administratif est compétent. En d'autres termes, vous avez confié au juge administratif les appels en garantie présentés entre eux par les co-traitants d'un groupement solidaire participants à l'exécution de travaux publics. Il s'agit là d'une entorse à la règle posée dans la décision de Castro qui se fonde sur l'existence d'un contrat de droit privé pour déterminer la compétence.* »

Mme Vassallo a toutefois relevé que cette extension avait été limitée dans une décision ultérieure selon laquelle:

« La compétence de la juridiction administrative pour connaître des litiges nés de l'exécution d'un marché public et opposant des participants à l'exécution de ces travaux ne s'étend pas à l'action

en garantie du titulaire du marché contre son sous-traitant avec lequel il est lié par un contrat de droit privé».

[Tribunal des conflits, 16 novembre 2015, pourvoi n° 15-04.029, Bull. 2015, T. conflits, n° 29](#)

Par ailleurs, dans un litige opposant deux entreprises parties à un groupement conjoint et portant sur une contestation relative à la répartition des honoraires entre les maîtres d'œuvre, le Tribunal des conflits a décidé que le litige n'était pas dirigé contre la commune et ne portait pas sur l'indemnisation d'un dommage lié à l'opération de travaux publics, et sans même relever l'existence d'un contrat de droit privé, a considéré que, s'agissant de l'engagement respectif pris par les deux sociétés, le litige ne mettait en cause que des relations de droit privé et relevait de la juridiction judiciaire (agence Pena c/ M. A. et Mme B, [4 juillet 2016, pourvoi n° 16-04.060, Bull. 2016, T. conflits, n° 19](#)).

De même, lorsque le litige oppose deux sociétés membres du même groupement de maîtrise d'œuvre et liées entre elles par un contrat de droit privé, hors tout litige né de l'exécution d'un marché public de travaux et qui aurait opposé le maître de l'ouvrage à un ou des constructeurs, qu'il ne met en cause que les conditions d'exécution de ce contrat de droit privé et ainsi uniquement des relations de droit privé, il appartient au juge judiciaire d'en connaître (Tribunal des conflits, 10 décembre 2018, n° 4144, SARL Egis Bâtiments Centre Ouest c/SARL Jean Pierre Renault architecte).

Ce litige faisait suite à la signature par le mandataire du groupement du décompte du marché sans avoir prévu le paiement d'une des notes d'honoraires d'un des membres du groupement, privant ce dernier de cette rémunération.

A l'inverse, le litige tendant à la réparation du préjudice subi par le titulaire du marché de travaux publics à raison des fautes commises par des co-traitants au cours de l'exécution du contrat conclu avec le maître de l'ouvrage relève de la juridiction administrative, *« alors même que les deux co-traitants sont par ailleurs liés par un contrat de droit privé, un tel litige, qui ne concerne pas l'exécution de ce contrat de droit privé et qui implique que soient appréciées les conditions dans lesquelles un contrat portant sur la réalisation de travaux publics a été exécuté, relève de la juridiction administrative. »* (Tribunal des conflits, 8 février 2021, pourvoi n° 21-04.203).

Dans cette affaire, des constructeurs membres d'un groupement d'entreprises constitué pour un marché public de travaux présentaient des demandes réciproques de réparation du préjudice subi à raison du retard dans l'exécution des travaux .

Enfin, nous citerons cet extrait des conclusions de M. Pellissier, rapporteur public, dans le cadre de la décision rendue par le Conseil d'État, 7ème - 2ème chambres réunies, le 2 décembre 2019 , suite au pourvoi formé par la société Giraud-Serin à l'encontre de l'arrêt du 26 juin 2018 de la cour administrative d'appel de Bordeaux:

« Ainsi, le juge administratif, 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, est compétent pour connaître des actions en garantie engagées par les constructeurs les uns envers les autres, que le marché indique la répartition des prestations entre les membres du groupement ou que cette répartition résulte d'un contrat de droit privé conclu entre eux. Dans ce dernier cas, il doit seulement, si la validité ou l'interprétation de ce contrat soulève une difficulté sérieuse, poser une question préjudicielle au juge judiciaire (TC, 9 février 2015, Sté Ace European Group Ltd, n° 3983). Ce n'est que lorsque le litige oppose deux membres du groupement liés

entre eux par un contrat de droit privé, hors de tout litige né de l'exécution d'un marché public opposant le maître de l'ouvrage à un ou plusieurs membres du groupement, qu'il est regardé comme ne mettant en cause que des relations de droit privé et relevant de la juridiction judiciaire (TC, 10 décembre 2018, SARL Egis Bâtiments Centre Ouest, n° 4144).

Par conséquent, le membre du groupement qui entend contester les pénalités qui ont été mises à sa charge conformément aux indications données par le mandataire doit le faire dans le cadre de la contestation du décompte s'il estime que le montant global des pénalités est injustifié ou s'il en demande la modulation, en appelant en garantie le mandataire et le ou les autres membres du groupement s'il entend aussi contester la répartition des pénalités entre eux et le juge administratif sera compétent pour traiter de l'ensemble de ces conclusions. S'il obtient gain de cause contre le maître de l'ouvrage, la diminution du montant global des pénalités se traduira par une diminution de sa part, dans une mesure que le juge devra déterminer. Par exemple, s'il a pu démontrer qu'un certain nombre de jours de retard avait été imputé à tort à sa part du marché, il en obtiendra la déduction de son compte. S'il a obtenu la modulation du montant global des pénalités, il en bénéficiera à due proportion de sa part des pénalités. Si sa contestation ne porte que sur la répartition, ce qui devrait être assez exceptionnel, il devrait accepter le décompte mais ensuite agir contre les autres membres du groupement, sur le fondement de leur responsabilité quasi-délictuelle car cette action ne sera pas fondée sur l'application de la convention de groupement, mais sur les retards commis par les autres membres du groupement dans l'exécution du marché public, qui lui auront causé un préjudice. Cette action relève également de la compétence du juge administratif (TC, 2 juin 2008, Souscripteurs des Lloyds de Londres, n° 3621, p. 555). Cette répartition des compétences permet donc que le juge administratif connaisse de toutes les contestations liées à l'exécution du marché, qu'elles soient dirigées contre le maître de l'ouvrage ou entre les membres du groupement, tout en garantissant l'efficacité du dispositif contractuel du groupement d'entreprises, notamment pour le maître de l'ouvrage qui doit pouvoir regarder le mandataire comme représentant le groupement sans avoir à s'assurer qu'il assure correctement ses missions. La solution que nous vous proposerons protégera le maître d'ouvrage d'une action d'un membre du groupement qui ne se plaindrait que de la répartition proposée par le mandataire du groupement, mais ne l'empêchera aucunement d'agir contre ce dernier ou contre les autres membres du groupement et, au cas où il contesterait aussi le montant global des pénalités, contestation dirigée contre le maître de l'ouvrage, il pourra présenter ces différentes conclusions dans une même requête devant le même juge, administratif. »

Au terme de cette analyse, le litige né de l'exécution d'un marché de travaux publics et opposant des participants à l'exécution de ces travaux relève de la compétence de la juridiction administrative, sauf si les parties sont unies par un contrat de droit privé.

Même dans cette dernière hypothèse, un tel litige, lorsqu'il ne concerne pas l'exécution de ce contrat de droit privé et qu'il implique que soient appréciées les conditions dans lesquelles un contrat portant sur la réalisation de travaux publics a été exécuté, relève de la juridiction administrative.

Dans son arrêt, la cour d'appel de Toulouse, après avoir rappelé la jurisprudence du Tribunal des conflits, a retenu que soutenir devant le juge de l'ordre judiciaire que le mandataire du groupement a commis une faute en appliquant la répartition adressée au maître de l'ouvrage délégué sur la base des travaux de l'expert judiciaire nommé par la juridiction administrative, conduit à inviter le juge saisi à examiner les conditions d'exécution du marché public par les divers intervenants, membres ou non du groupement d'entreprise.

Elle a ajouté que l'action en responsabilité contractuelle d'un membre du groupement momentané d'entreprise engagée à l'endroit du mandataire de ce dernier est en l'espèce

indissociable de l'analyse des conditions dans lesquelles a été remplie la mission impartie à ce mandataire dans le cadre de l'exécution des travaux publics.

Elle a admis que l'existence d'un contrat de droit privé constitue le plus souvent le critère de la compétence judiciaire, mais a souligné la particularité d'un groupement de constructeurs, qu'il soit conjoint ou solidaire, dont l'existence ne dépend pas de celle d'une convention passée entre les membres de ce groupement mais résulte d'un engagement commun de ces constructeurs à l'égard du maître de l'ouvrage ou de son représentant et non de leurs engagements réciproques.

Elle a considéré que le Conseil d'État, dans son arrêt rendu dans le litige opposant la société Giraud-Serin à la Région Occitanie, n'avait pas formellement écarté la compétence des juridictions administratives pour l'examen d'un éventuel recours à l'endroit du mandataire dans le cadre d'un litige portant sur la répartition des pénalités de retard contestée par les membres du groupement.

Enfin, elle a retenu que l'écran apparent d'un contrat privé, ici très limité à la désignation du mandataire, ne saurait conférer compétence de l'ordre judiciaire étant rappelé qu'il s'agit en l'espèce de l'appréciation de la faute reprochée à l'entreprise mandataire dans l'exécution des missions découlant du CCAG quant à la présentation de la répartition des pénalités de retard (art. 20.7 du Ccag), dans la transmission des réclamations présentées par les membres du groupement et quant au respect des délais de transmission des différents documents imposés par le CCAP et le CCAG (art. 5.2 *ibidem*) et ce, en l'absence de tout autre mandat de représentation, spécifiquement rappelée dans la convention annexe, pour négocier, discuter ou transiger relativement aux réclamations des entreprises membres du groupement.

Elle en déduit que l'examen du litige ne peut être morcelé au détriment d'une analyse cohérente de l'exécution du marché, déjà effectuée par plusieurs juridictions administratives concernant la construction de cet ouvrage public, et des actes et agissements qui lui sont périphériques.

Dans son mémoire ampliatif, la société Giraud-Serin soutient que la réserve prévue par la jurisprudence De Castro au profit de l'ordre judiciaire n'est exclue que dans l'hypothèse où deux participants à une opération de travaux publics, liés par ailleurs par un contrat de droit privé, s'opposent dans un litige engagé sur le fondement de la responsabilité quasi-délictuelle, sans que l'exécution du contrat de droit privé ne soit en cause.

Elle expose que dans sa première décision dans le litige l'opposant à la région Occitanie, la CAA de Bordeaux avait jugé que l'action en responsabilité du mandataire commun pour faute contractuelle relevait de la compétence du juge judiciaire : « *dans ces conditions, les conclusions présentées par la société A, à l'encontre de la région, tendant à être déchargée des pénalités appliquées, relevaient bien de la compétence de la juridiction administrative, sans préjudice de l'action pouvant être intentée par la société A... constructions métalliques devant les tribunaux judiciaires, à l'encontre de la société SNTD, mandataire du groupement conjoint d'entreprises titulaires du lot n° 2 pour contester la clé de répartition indiquée par le mandataire* » (CAA Bordeaux, 26 juin 2018, n° 16 BX01290).

Elle ajoute que le Conseil d'Etat saisi d'un pourvoi contre cet arrêt n'a pas infirmé cette décision sur ce point .

Elle en déduit que ce n'est que si le membre d'un groupement engage la responsabilité contractuelle du mandataire commun en même temps qu'il conteste le montant global des indemnités, c'est-à-dire qu'il engage un litige concernant l'exécution du marché public de travaux, que le juge administratif sera compétent et que lorsqu'est seulement recherchée la responsabilité contractuelle du mandataire commun, le juge judiciaire est compétent, de sorte que la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé la loi des 16 et 24 août 1790.

Dans son mémoire en défense, la société SNTD soutient que la seule circonstance selon laquelle un contrat de droit privé relie les membres du groupement ne saurait suffire à déroger à la règle selon laquelle le litige né de l'exécution d'un marché public de travaux relève de la compétence du juge administratif.

Selon la SNTD, la faute qui lui est reprochée, à savoir une répartition erronée des pénalités, est nécessairement associée à l'analyse des conditions dans lesquelles elle a rempli sa mission de mandataire du groupement, exercée dans le cadre de l'exécution du marché de travaux publics.

Elle ajoute que dans ce litige, doivent être analysée, d'une part, la part respective des responsabilités des membres du groupement et, d'autre part, la faute du mandataire dans la proposition de répartition de ces responsabilités qu'il a faite au maître de l'ouvrage.

Elle fait valoir que l'existence du groupement de constructeurs, dont la société SNTD était le mandataire, ne dépend pas de celle d'une convention passée entre les membres de ce groupement, mais résulte d'un engagement commun de ces constructeurs à l'égard du maître de l'ouvrage ou de son représentant et non de leurs engagements réciproques.

Elle soutient que la circonstance selon laquelle le Conseil d'Etat, dans un précédent litige porté devant le juge administratif, n'aurait pas expressément infirmé la décision de la cour administrative d'appel qui a évoqué la possibilité d'une action, intentée par la société Giraud-Serin, pour contester la clé de répartition des pénalités indiquée par le mandataire, ne saurait être interprétée comme une attribution de compétence au juge judiciaire et elle relève qu'au contraire dans sa décision, le Conseil d'Etat a choisi de ne pas formellement écarter la compétence du juge administratif pour connaître d'un recours à l'égard du mandataire dans le cadre d'un litige portant sur la répartition des pénalités de retard contestée par les membres du groupement.

Il appartient à notre chambre d'apprécier la pertinence du grief qui lui est présenté, à l'aune des observations qui précèdent.