

BTP

N°1

Décembre 2017



SOMMAIRE

1. PASSATION DES MARCHES PUBLICS
(page 2)

2. EXECUTION
(page 4)

3. SOUS-TRAITANCE
(page 6)

4. RESPONSABILITE ET ASSURANCE
(page 6)

EDITORIAL

ADAMAS a développé une expertise spécifique dans l'accompagnement des acteurs du secteur du bâtiment, du génie civil et des travaux publics - BTP.

Le Cabinet conseille et assiste ses clients pour la réalisation des opérations de construction dans le cadre de la maîtrise foncière, la contractualisation, l'exécution, la réception, la vente et la gestion des biens.

ADAMAS intervient auprès de l'ensemble des intervenants (promoteur, maître d'ouvrage public ou privé, maître d'œuvre, entreprise...).

Aux fins d'apporter à ses clients les solutions les plus adaptées, l'équipe Immobilier et Construction travaille en étroite relation avec notamment les équipes « Aménagement, Urbanisme » et « Environnement ».

C'est dans le cadre de ces activités que ADAMAS propose une sélection d'actualités juridiques dans une nouvelle lettre d'information consacrée aux activités du BTP.

Nous vous souhaitons une bonne lecture et demeurons à votre disposition.



I – PASSATION DES MARCHES PUBLICS

Capacités techniques et financières des candidats

Le rejet d'une candidature par le pouvoir adjudicateur pour des motifs tenant à l'insuffisance des capacités techniques et financières du candidat doit être particulièrement fondé.

En premier lieu, pour ce qui est des capacités techniques, la cour a jugé que le rejet de la candidature d'une société par le département est infondé dès lors que « *celle-ci dispose d'une vingtaine de préposés, de matériels dont il n'est pas soutenu qu'ils seraient inadaptés au chantier et présente de nombreuses références de chantiers comparables* ».

En somme, le candidat présentait toutes les garanties techniques minimales susceptibles de justifier que sa candidature soit retenue.

En second lieu, pour ce qui est des capacités financières, le juge a estimé que le fait que le montant du marché attribué corresponde à 75% du chiffre d'affaires annuel réalisé par le candidat au cours des trois dernières années n'est pas, à lui seul, une circonstance permettant de conclure que l'entreprise n'a pas la capacité financière pour l'exécuter.

Le pouvoir adjudicataire doit donc veiller à suffisamment motiver sa décision de rejet d'une candidature.

Quant au soumissionnaire, il peut soit contester la décision de rejet dans le cadre d'un référé précontractuel, soit exercer un recours en annulation ou indemnisation.

CAA Marseille, 9 octobre 2017, n° 16MA04394

Le pouvoir adjudicateur peut-il demander aux candidats de proposer un montant de pénalité de retard et en faire un sous-critère ? OUI

Le pouvoir adjudicateur avait prévu, en l'espèce, dans le règlement de la consultation que les offres seraient analysées au regard d'un critère « prix » (40%) et d'un critère « valeur technique » (60%) décomposé en quatre sous-critères. Il était indiqué que l'un d'eux serait noté sur 10 points et consisterait pour les candidats à proposer le montant de la pénalité qu'ils encouraient par jour de retard, en cas de dépassement du délai d'exécution fixé dans l'acte d'engagement.

La note la plus élevée pour ce sous-critère est attribuée à la proposition de pénalité la plus élevée, les autres propositions étant notées en proportion de leur écart avec la proposition la plus élevée.

La cour considère que ce sous-critère, dès lors qu'il permet de mesurer la capacité technique de l'entreprise à respecter les délais contractuels d'exécution, n'est pas sans lien avec l'objet du marché et le critère de la valeur technique de l'offre.

Cette méthode de notation, ajoute la cour, n'a pas pour effet de *neutraliser la pondération des critères de sélection*. Elle expose qu'elle n'a pas pour effet de neutraliser les écarts entre les prix et, par suite, de conduire à ce que les offres ne puissent être différenciées qu'au regard des autres critères de sélection et, en particulier, au regard du critère relatif à la pénalité.



En somme, la relative importance (10 points) du sous-critère « *pénalité de retard* » n'a qu'une influence minime sur le choix final de l'offre, ce qui justifie sa régularité.

En pratique, en cas de contentieux, il n'est pas exclu que le juge soit plus réticent à utiliser son pouvoir de modulation du montant des pénalités pour retard d'exécution dans la mesure où le coefficient de pénalité aura été proposé par le soumissionnaire.

CAA Versailles, 22 juin 2017, n° 15VE02147

Indemnisation de l'attributaire en cas d'annulation du marché public

L'attributaire initial d'un marché qui a été annulé par le juge du référé peut obtenir sur le terrain de la responsabilité délictuelle le remboursement des dépenses qu'il a engagées et qui ont été utiles à la collectivité.

Le Conseil d'Etat ajoute que cette indemnisation est par principe de droit, nonobstant des fautes éventuellement commises par le requérant avant la signature du marché.

Enfin, si le contrat est écarté ou annulé en raison des agissements de l'administration, l'entrepreneur pourra prétendre à la réparation du dommage qui est imputable à cette faute, c'est-à-dire « *le paiement des sommes correspondant aux autres dépenses exposées par lui pour l'exécution du contrat et aux gains dont il a été effectivement privé du fait de sa non-application, notamment du bénéfice auquel il pouvait prétendre* ».

CE, 6 octobre 2017, n° 395268

Forme des groupements d'opérateurs économiques

Dans une réponse ministérielle, le ministre rappelle le libéralisme octroyé aux candidats lorsqu'ils soumissionnent en groupe à un appel d'offres ; ainsi, ils demeurent libres de soumissionner en groupement dans une forme différente de celle indiquée dans les documents de la consultation.

En revanche, une fois le marché attribué, le groupement désigné devra impérativement revêtir la forme exigée par l'acheteur public, c'est-à-dire groupement conjoint ou solidaire.

Deux points importants sont précisés par le ministre :

- si un groupement indique expressément qu'il refusera de se conformer aux directives du pouvoir adjudicateur une fois le marché attribué, sa candidature pourra être rejetée sans examen de son offre.
- si un groupement manque à son obligation de transformation au cours de l'exécution, celui-ci s'expose à une sanction portant interdiction de soumissionner pour les futurs marchés auxquels il souhaiterait répondre.

Pour rappel, le 2ème et 3ème alinéa de l'article 45 du décret du 25 mars 2016 disposent que : « *le groupement est conjoint lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché public. Le groupement est solidaire lorsque chacun des opérateurs économiques membres du groupement est engagé financièrement pour la totalité du marché public.* »

Rép. du Ministère de l'action et des comptes publics, JO Sénat du 12/10/2017 - page 3146



II – EXECUTION

Pouvoir de modulation des pénalités de retard du juge. Il faut apprécier les marchés comparables et le préjudice subi par le maître d'ouvrage.

Depuis une décision de 2008 (CE, 29 décembre 2008, n°296930), le juge administratif peut procéder à la modulation du montant des pénalités de retard infligées à une entreprise. Mais les conditions d'exercice de ce pouvoir étaient restées assez floues. Le Conseil d'État vient d'apporter des précisions en annulant un arrêt de la cour administrative d'appel de Paris qui avait trop fortement diminué le montant des pénalités en jeu.

En l'espèce, un marché de travaux, qui aurait dû durer six mois, a finalement été réceptionné au bout de quatre ans. Le décompte général notifié faisant apparaître un certain nombre de pénalités de retard, le titulaire a saisi le tribunal administratif qui a diminué une première fois le montant des pénalités. La cour d'appel a été encore plus loin en divisant par près de dix le montant en jeu.

Saisi, le Conseil d'Etat rappelle que les pénalités de retard sont des clauses contractuelles, elles résultent donc d'un accord entre les parties et que le juge du contrat doit appliquer en priorité les clauses issues du marché. Ce n'est qu'à « titre exceptionnel, saisi de conclusions en ce sens par une partie », qu'il peut modérer ou augmenter les pénalités de retard résultant de ce contrat, « si elles atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire, eu égard au montant du marché et compte tenu de l'ampleur du retard constaté dans l'exécution des prestations. »

Le Conseil d'État précise que c'est au titulaire du marché « de fournir aux juges tous éléments, relatifs **notamment aux pratiques observées pour des marchés comparables ou aux caractéristiques particulières du marché en litige**, de nature à établir dans quelle mesure ces pénalités présentent selon lui un caractère manifestement excessif

Le juge doit donc préciser en quoi les pénalités ont un caractère manifestement excessif, au regard des pratiques observées pour des marchés comparables ou des caractéristiques particulières du marché en litige.

Plus original encore, alors que la notion de préjudice subi par le maître d'ouvrage était jusqu'ici a priori indifférente pour la détermination du montant des pénalités, le Conseil d'état précise que le juge doit examiner cette question « dès lors qu'il était soutenu, ce qu'il lui incombait de vérifier, que ce montant était inférieur au préjudice subi. » L'affaire est renvoyée devant la Cour de Paris

CE 19 juillet 2017, n° 392707 : publié au recueil Lebon

L'entreprise ne sera pourtant pas toujours épargnée.

La CAA de Lyon a retenu par exemple, que, pour un marché d'une durée de 12 mois, qui avait pris 6 mois de retard du fait du titulaire, dès lors que le retard dans l'exécution des travaux a été constamment rappelé à l'entreprise dans les comptes rendus de réunion de chantier, un montant de pénalités de 48 % du prix du marché, n'est pas manifestement excessif. Mais personne n'a songé à demander au juge d'apprécier ce montant en le rapprochant du préjudice effectivement subi par le maître d'ouvrage...

CAA de Lyon 22 juin 2017, n° 15LY01307



III – SOUS-TRAITANCE

Paiement direct : conditions de modification de l'acte spécial et contrôle des travaux du sous-traitant par le maître d'ouvrage

Le Conseil d'Etat a précisé :

« En l'absence de modification des stipulations du contrat de sous-traitance relatives au volume des prestations du marché dont le sous-traitant assure l'exécution ou à leur montant, le maître de l'ouvrage, l'entrepreneur principal, ne peuvent, par un acte spécial modificatif, réduire le droit au paiement direct du sous-traitant dans le but de tenir compte des conditions dans lesquelles les prestations sous-traitées ont été exécutées ».

Ainsi, le maître de l'ouvrage doit recueillir au préalable le consentement du sous-traitant avant de modifier les sommes dues en application du paiement direct.

Toutefois, le maître d'ouvrage dispose d'un droit de contrôler l'exécution effective des travaux sous-traités et le montant de la créance du sous-traitant.

Cette solution a été réaffirmée par une décision plus récente du 9 juin 2017 (n°396358). Au titre de ce contrôle, le maître d'ouvrage s'assure que la consistance des travaux réalisés par le sous-traitant correspond à ce qui est prévu au marché principal.

CE 27 janvier 2017, n° 397311 ; CE 27 mars 2017, n° 394664

Obligation pour le sous-traitant d'adresser sa demande de paiement au titulaire du marché, même si l'entreprise principale est en liquidation judiciaire

En application des dispositions de l'article 8 de la loi du 31 décembre 1975, le sous-traitant adresse sa demande de paiement direct, libellée au nom du pouvoir adjudicateur, au titulaire du marché.

Il appartient ensuite au titulaire du marché de donner son accord à la demande de paiement direct ou de signifier son refus dans un délai de 15 jours à compter de la réception de cette demande.

Le titulaire du marché est réputé avoir accepté cette demande s'il garde le silence pendant plus de 15 jours à compter de sa réception.

A l'issue de cette procédure, le maître d'ouvrage procède au paiement direct du sous-traitant régulièrement agréé si le titulaire du marché a donné son accord ou s'il est réputé avoir accepté la demande de paiement direct.

Le Conseil d'Etat précise que cette procédure a pour objet de permettre au titulaire du marché d'exercer un contrôle sur les pièces transmises par le sous-traitant et de s'opposer, le cas échéant, au paiement direct.

Aussi, sa méconnaissance par le sous-traitant fait obstacle à ce qu'il puisse se prévaloir, auprès du maître d'ouvrage, d'un droit à ce paiement.

Le sous-traitant ne peut pas se dispenser de cette formalité même si l'entrepreneur principal est placé en liquidation judiciaire.

CE 19 avril 2017, n°396174



Jusqu'à quand le sous-traitant peut-il solliciter le paiement direct ?

Le Conseil d'Etat revient dans cette décision sur les modalités de paiement direct dans le cadre de la sous-traitance.

Il rappelle que, nonobstant la régularité de la sous-traitance et l'octroi de l'agrément, le sous-traitant doit adresser en temps utile sa demande de paiement direct au titulaire du marché et au maître d'ouvrage pour obtenir le paiement direct des prestations qu'il a exécutées.

Ainsi, en l'espèce, le juge considère qu'une demande de paiement directe reçue avant l'établissement du décompte général et définitif du marché doit être regardée comme effectuée en temps utile.

Il ajoute en outre que la circonstance que le maître d'ouvrage a déjà procédé au règlement des prestations effectuées par le sous-traitant en les attribuant en partie au titulaire ne le libère pas de son obligation de payer directement le sous-traitant.

CE, 23 octobre 2017, n° 410235

IV – RESPONSABILITE ET ASSURANCE

Extension du champ d'application de l'assurance de responsabilité civile décennale obligatoire aux éléments d'équipement

L'exception prévue à l'article L. 243-1-1, II, du code des assurances n'est pas applicable à un élément d'équipement installé sur existant. Les désordres affectant cet élément et rendant l'immeuble impropre à sa destination relèvent de l'assurance garantie décennale obligatoire.

Depuis le revirement opéré par l'arrêt de la troisième chambre civile du 15 juin 2017 à propos d'une pompe à chaleur (Civ. 3e, 15 juin 2017, n° 16-19.640), la Cour de cassation affirme avec constance que « les désordres affectant des éléments d'équipement, dissociables ou non, d'origine ou installés sur existant, relèvent de la responsabilité décennale lorsqu'ils rendent l'ouvrage dans son ensemble impropre à sa destination ». Déjà confirmée plusieurs fois (v., pour un revêtement de sol, Civ. 3e, 29 juin 2017, n° 16-16.637, ou, pour un insert de cheminée, Civ. 3e, 14 sept. 2017, n° 16-17.323), cette règle a modifié substantiellement la détermination de la qualité de constructeur au sens de l'article 1792 du code civil. Cette catégorie juridique englobe désormais tout professionnel qui installe un élément d'équipement dont les désordres vont rendre l'ouvrage existant impropre à sa destination.

Le régime de responsabilité applicable est donc suspendu à l'appréciation de l'« impropriété de l'immeuble » à sa destination.

Ici, c'est l'assureur du constructeur/installateur d'une cheminée à foyer fermée sur une maison préexistante qui en fait les frais. Cette cheminée n'a pas été réalisée en conformité avec le cahier des charges applicable et a provoqué un incendie qui a détruit l'habitation. L'argument de l'assureur soutenant que la cheminée était un élément d'équipement ajouté sur existant, ne bénéficiant pas de la garantie décennale, a été écarté compte tenu du fait que c'est bien cet élément qui a rendu la totalité de l'ouvrage (la maison) impropre à destination.

Civ. 3e, 26 oct. 2017, FS-P+B+R+I, n° 16-18.120



Recherche de la responsabilité du sous-traitant par le maître de l'ouvrage dans le cadre d'un marché principal de droit public

Le Conseil d'Etat admet que le maître de l'ouvrage peut aller rechercher la responsabilité quasi délictuelle du sous-traitant pour obtenir la réparation des conséquences dommageables d'un vice imputable à la conception ou à l'exécution des travaux.

Toutefois, il ne peut engager cette action que lorsque la responsabilité de ses co-contractants ne pourra être utilement recherchée.

Dans cette hypothèse, le maître de l'ouvrage peut invoquer la violation des règles de l'art ou la méconnaissance de dispositions législatives et réglementaires.

Toutefois, il ne saurait se prévaloir de fautes résultant de la seule inexécution, par les sous-traitants, de ses propres obligations contractuelles, comme par exemple un retard dans l'exécution au regard du délai contractuellement prévu entre le sous-traitant et l'entreprise principale.

CE 27 janvier 2017, n° 397311

Montant de l'indemnisation de l'assureur dommages-ouvrage

Le Conseil d'Etat rappelle le principe qu'un assuré dommages-ouvrage est tenu d'utiliser l'indemnité versée par l'assureur pour procéder à la remise en état effective de l'immeuble ou pour la remise en état de son terrain d'assiette.

Il ajoute qu'un assuré n'est pas fondé à demander à son assureur dommages-ouvrage le versement d'une indemnité excédant le montant total des dépenses de réparation qu'il a effectivement exposées et dont il doit justifier auprès de son assureur.

Pour rappel, l'assurance dommages-ouvrage a pour but un préfinancement par l'assureur des travaux de remise en état, rendus nécessaires en raison de l'apparition de désordres de nature décennale.

En l'espèce, un maître d'ouvrage avait sollicité la construction d'un ensemble immobilier. Cependant, à la suite de la défaillance du titulaire en charge des travaux de gros œuvre, il avait finalement renoncé à leur achèvement et avait résilié le marché.

Après expertise, il s'est avéré que les travaux débutés par la société défaillante présentaient de graves malfaçons. Le maître d'ouvrage demandait ainsi à son assureur dommages-ouvrage de l'indemniser des préjudices qu'il estimait avoir subi, à savoir les coûts liés aux travaux déjà exécutés et à leur démolition.

Cette demande n'est que partiellement accueillie par le Conseil d'Etat.

Celui-ci rejette l'obligation pour l'assureur d'indemniser le maître d'ouvrage du montant des travaux déjà exécutés, dès lors qu'il a prévu d'abandonner le projet (ce qui fait *de facto* obstacle à toute réparation) et limite la garantie dommages-ouvrage aux seuls travaux de démolition.

CE, 5 juillet 2017, n° 396161



CONTACTS



Xavier Heymans

Avocat Associé

xavier.heymans@adamas-lawfirm.com



Philippe Nugue

Avocat Associé

Philippe.nugue@adamas-lawfirm.com

RÉDACTEURS DE CETTE NEWSLETTER

Xavier Heymans

Avocat Associé

Philippe Nugue

Avocat Associé

Anthony Quevarec

Avocat



Lyon +33 (0) 4 72 41 15 75

Paris +33 (0) 1 53 45 92 22

Bordeaux +33 (0) 5 57 83 73 16

Pour recevoir nos lettres d'information, faites-en la demande sur : infocom@adamas-lawfirm.com
Pour consulter toutes nos lettres d'informations, rendez-vous sur : www.adamas-lawfirm.com

Les articles contenus dans cette newsletter sont fournis à des fins d'information uniquement et ne peuvent en aucun cas constituer une consultation ou un avis juridique. De ce fait, la responsabilité de leurs auteurs ou du cabinet ADAMAS ne saurait en aucun cas être engagée au titre de l'utilisation faite par les lecteurs des informations contenues dans cette lettre.

Toute personne qui souhaiterait utiliser les informations contenues dans la présente lettre à des fins autres que d'information personnelle devra au préalable avoir recours aux conseils d'un professionnel du droit dûment habilité à fournir des conseils juridiques.

L'intégralité des contenus de cette lettre, ainsi que le logo et la marque ADAMAS sont protégés par des droits de propriété intellectuelle qui sont la propriété exclusive du cabinet ADAMAS ou des auteurs qui lui sont liés. Ces contenus, logo et marque ne peuvent être reproduits, même partiellement, sans leur autorisation.

Conformément à la loi « Informatique et Libertés » du 6 janvier 1978 modifiée en 2004, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification aux informations qui vous concernent. Vous disposez également du droit de vous désabonner de la liste de diffusion de cette lettre. Vous pouvez exercer ces droits en vous adressant à : infocom@adamas-lawfirm.com