



SOMMAIRE

I – RESPONSABILITÉ DÉCENNALE DU FOURNISSEUR DE MATÉRIAUX (PAGE 2)

II – CONTRAT D'ASSISTANCE À MAÎTRISE D'OUVRAGE – QUALITÉ DE CONSTRUCTEUR RECONNUE À L'ASSISTANT DE MAÎTRISE D'OUVRAGE (PAGE 4)

III – GROUPEMENT MOMENTANÉ D'ENTREPRISES: RÉSILIATION DE L'UN DES CONTRATS PAR LE MAÎTRE D'OUVRAGE (PAGE 4)

IV – REFUS DE LA QUALITÉ DE SOUS-TRAITANT À UN FABRICANT D'ASCENSEUR (PAGE 6)

V – PRÉSENTATION D'UN SOUS-TRAITANT EN COURS D'EXÉCUTION D'UN MARCHÉ PUBLIC – CONDITION DE PAIEMENT DIRECT (PAGE 6)

VI – UN MAÎTRE D'OUVRAGE AYANT COMMIS UNE IMPRUDENCE PARTICULIÈREMENT GRAVE LORS DE LA RÉCEPTION DE TRAVAUX NE PEUT RECHERCHER LA RESPONSABILITÉ DU MAÎTRE D'ŒUVRE (PAGE 7)

VII – REJET DE L'APPLICATION DE LA GARANTIE DÉCENNALE POUR DES TRAVAUX DE FAIBLE IMPORTANCE SUR DE L'EXISTANT VÉTUSTE (PAGE 8)

VIII – LA RETENUE DE GARANTIE NE S'APPLIQUE QU'AUX COÛTS LIÉS AUX RÉSERVES ÉMISES LORS DE LA RÉCEPTION (PAGE 8)

PASSATION

IX – SOCIÉTÉS MEMBRES D'UN MÊME GROUPE: LA CONCERTATION AVANT LA REMISE DES OFFRES EST CONSTITUTIVE D'UNE ENTENTE (PAGE 9)

X – L'ACHETEUR PUBLIC A LA FACULTÉ ET NON L'OBLIGATION D'INVITER LES CANDIDATS DONT L'OFFRE EST IRRÉGULIÈRE À RÉGULARISER (PAGE 9)

I – RESPONSABILITÉ DÉCENNALE DU FOURNISSEUR DE MATÉRIAUX

Le fournisseur de matériaux spécifiques, qui donne des instructions techniques précises au poseur, participe activement à la construction, en assumant une mission de maîtrise d'œuvre. Ce faisant, il n'est plus tenu sur le fondement de la responsabilité de droit commun mais prend la qualité de constructeur et répond du désordre qui lui est imputable sur le fondement de la responsabilité décennale.

Civ. 3e, 28 févr. 2018, FS-P+B+I, n° 17-15.962

Cet arrêt marque un tournant radical dans la détermination du régime de responsabilité applicable au fournisseur de matériaux. Grâce à une lecture extensive du rôle de maître d'œuvre, la Cour de cassation étend la responsabilité décennale à un nouvel intervenant.

En l'espèce, un maître d'ouvrage commande du béton à un fabricant, également fournisseur, afin que son entreprise de travaux puisse réaliser une dalle. À la suite la survenance de désordres, le maître d'ouvrage assigne en réparation le fournisseur, lequel appelle en garantie l'entreprise chargée de la pose. La Cour d'appel condamne le fournisseur sur le fondement de la responsabilité décennale, en considérant que ses instructions techniques sur le produit fini l'ont amené à participer activement à la construction, en lui faisant assumer une mission de maîtrise d'œuvre, de sorte que ce dernier a la qualité de constructeur au sens de l'article 1792 du code civil.

Le fournisseur se pourvoit en cassation. Il fait valoir en premier lieu que les constructeurs ne sont tenus à la garantie décennale qu'à condition d'avoir été liés au maître d'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage. Ce n'est pas le cas en l'espèce puisque seul un contrat de vente le liait au maître d'ouvrage. D'autre part, en tant que vendeur, le fournisseur est tenu à une obligation d'information et de conseil qui implique de donner au poseur des indications techniques permettant de le guider dans la mise en œuvre du produit. Toutefois, ces précisions ne sauraient à elles seules conférer au fournisseur un rôle de maître d'œuvre. Enfin, puisque le béton litigieux ne constitue pas une partie d'ouvrage ou un élément d'équipement conçu et produit pour satisfaire, en état de service, à des exigences

précises et déterminées à l'avance, le fabricant ne se trouve pas dans l'hypothèse prévue à l'article 1792-4 du code civil, qui consacre la responsabilité décennale du fabricant d'EPERS.

La Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que le fournisseur, présent sur le chantier lors du coulage du béton, avait donné au poseur des instructions techniques précises, auxquelles celui-ci s'était conformé, en raison de sa méconnaissance des caractéristiques propres au matériau utilisé. La Cour confirme qu'au travers de ces instructions, le fournisseur a participé activement à la construction, comme maître d'œuvre. Son intervention étant celle d'un constructeur, et non celle d'un simple fournisseur, sa responsabilité est engagée sur le fondement de la garantie décennale.

La Haute juridiction écarte l'argument selon lequel le contrat de vente liant le fournisseur au maître d'ouvrage ne permet pas l'application des garanties légales des constructeurs. Pourtant, celles-ci ne s'appliquent en principe qu'aux locataires d'ouvrage, ou par dérogation, à certains constructeurs réputés comme tels par l'article 1792-1 du code civil. La Cour de cassation n'hésite pas à qualifier le fournisseur de maître d'œuvre, en recourant à une appréciation *in concreto* de son mode d'intervention, indépendamment de la nature du contrat conclu par les parties. Cette méthode a déjà été employée s'agissant du maître d'ouvrage déléguée, que la Cour de cassation a pu qualifier de maître d'œuvre, en raison de l'activité réellement exercée, malgré la conclusion d'un mandat entre les parties (V. Civ. 3e, 21 oct. 2009, n° 08-17.395, n° 08-17.598 et n° 08-17.877).

La qualité de « maître d'œuvre de fait » attribué au fournisseur de matériaux dépendrait de la nature et de l'étendue des instructions données au poseur. En effet, la Cour a pu estimer que les indications litigieuses étaient d'une précision et d'une technicité telles qu'elles ne s'apparentaient plus à un simple guide d'utilisation mais correspondaient plutôt à de véritables instructions, participant de la conception de l'ouvrage. La Cour de cassation relève notamment dans son dispositif que le matériau litigieux était « sophistiqué » et que le maçon n'en connaissait pas les caractéristiques.

Il convient sans doute d'en déduire que lorsque les matériaux fournis sont complexes, élaborés ou perfectionnés, et que les poseurs n'ont pas l'habitude de les manipuler, les conseils d'utilisation donnés par le fournisseur peuvent lui conférer un rôle de maître d'œuvre.

Le cas échéant, il serait opportun de déterminer avec précision les critères permettant de considérer qu'un produit est susceptible de correspondre à ce cas de figure, sous peine de rendre l'application de la responsabilité décennale particulièrement imprévisible. En effet, le fournisseur se voit fortuitement appliquer une responsabilité objective, assortie en outre de l'obligation de souscrire une police couvrant sa responsabilité décennale, sous peine de sanctions pénales. Autant d'obligations que le fournisseur ne pouvait valablement prévoir. En l'espèce, si son rôle était effectivement déterminant dans la survenance du dommage, sa responsabilité pouvait être engagée, mais sur le fondement habituel de sa responsabilité contractuelle.

L'acquéreur dispose contre le fournisseur de plusieurs types d'actions lui garantissant une protection efficace : obligation de sécurité, obligation de délivrance conforme, garantie des vices cachés, responsabilité du fait des produits défectueux..., etc. Dans les faits, le désordre n'avait pas pour origine une non-conformité ou un défaut intrinsèque au produit mais provenait des informations

délivrées par le fournisseur. Celui-ci est tenu d'une obligation d'information, de conseil et d'assistance à l'égard de son client, dont l'intensité dépend du niveau de compétence de ce dernier. Dans cette perspective, le fournisseur voit son obligation renforcée lorsque le produit est nouveau sur le marché, ou à tout le moins, peu expérimenté. Une jurisprudence nourrie retient ainsi la responsabilité du fabricant qui n'a pas formulé les mises en garde suffisantes, y compris lorsque l'utilisateur est un professionnel (V. Civ. 3e, 17 oct. 1990, n° 89-13.476, RDI 1991. 222, obs. P. Malinvaud et B. Boubli ; 18 févr. 2004, n° 02-17.523, RDI 2004. 202, obs. P. Malinvaud ; RTD civ. 2005. 381, obs. J. Mestre et B. Fages). En l'espèce, le matériau était sophistiqué et inhabituel pour le poseur, c'est pourquoi le fournisseur avait l'obligation de superviser son utilisation par des conseils clairs et précis, ce qu'il n'a pas manqué de faire.

En revanche, ses conseils s'étant révélés inadaptés, ils ont été identifiés comme la cause unique du dommage et ont justifié la responsabilité exclusive du fournisseur. La responsabilité de l'entreprise en charge de la pose a quant à elle été écartée, alors que la Cour de cassation aurait pu estimer qu'en sa qualité de professionnel de la construction, l'entreprise était en mesure d'apprécier le bien-fondé des injonctions données par le fournisseur. À travers cet arrêt, la Cour de cassation retient donc une conception relativement sévère de la responsabilité du fournisseur.

II – CONTRAT D'ASSISTANCE À MAÎTRISE D'OUVRAGE - QUALITÉ DE CONSTRUCTEUR RECONNUE À L'ASSISTANT DE MAÎTRISE D'OUVRAGE.

Le contrat d'assistance à maîtrise d'ouvrage (AMO) en litige prévoit, à l'article 1er de l'acte d'engagement et cahier des clauses administratives particulières (CCAP) que "la mission ainsi confiée exclut formellement tout mandat de représentation du maître d'ouvrage dans l'exercice de ses prérogatives". Son article 2 précise que l'assistant au maître d'ouvrage "est l'interlocuteur direct des différents participants (...)".

Il propose les mesures à prendre pour que la coordination des travaux et des techniciens aboutisse à la réalisation des ouvrages dans les délais et les enveloppes financières prévus et conformément au programme approuvé par le maître d'ouvrage. Il vérifie l'application et signale les anomalies qui pourraient survenir et propose toutes mesures destinées à y remédier (...) Pendant toute la durée des travaux, l'assistant au maître d'ouvrage assiste le maître d'ouvrage

de sa compétence technique, administrative et financière pour s'assurer de la bonne réalisation de l'opération. A ce titre : il a qualité pour assister aux réunions de chantier, il fait toutes propositions au maître d'ouvrage en vue du règlement à l'amiable des différends éventuels (...)".

Son article 3 relatif au contenu, à la définition et au phasage de la mission confie notamment au cocontractant une mission de direction de l'exécution des travaux et d'assistance aux opérations de réception. Il résulte de l'ensemble de ces stipulations que ce contrat revêt le caractère d'un contrat de louage d'ouvrage et la qualité de constructeur doit être reconnue, dans la présente espèce, non seulement au maître d'oeuvre et entrepreneur ayant réalisé les travaux, mais aussi à l'assistant de maîtrise d'ouvrage.

CE, 9 mars 2018, *Commune de Rennes-les-Bains*, n° 406205

III – GROUPEMENT MOMENTANÉ D'ENTREPRISES : RÉSILIATION DE L'UN DES CONTRATS PAR LE MAÎTRE D'OUVRAGE

La gravité des manquements d'un constructeur peut justifier la résiliation de son engagement, y compris à défaut de respect des formalités contractuelles de sa mise en œuvre.

Civ. 3e, 8 févr. 2018, FS-P+B, n° 16-24.641

Projetant des travaux d'extension de ses bâtiments, une clinique a confié la maîtrise d'oeuvre de l'opération à un groupement de sociétés. Un mandataire commun avait été désigné au sein du groupement momentané d'entreprises (GME) et une convention de groupement régissait les rapports entre les différents co-traitants et le maître d'ouvrage. Insatisfait de la prestation de l'un des intervenants du groupement, l'établissement médical a refusé de payer les honoraires réclamés. Assignée par l'intéressé, la clinique

défendait la reconnaissance de la résiliation de l'engagement contractuel établi avec la société défaillante, fondée sur l'inexécution fautive.

Dans un contexte où l'enjeu économique avoisinait les 300 000 €, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur deux questions. La première touchait à la caractérisation des fautes contractuelles reprochées à la société d'ingénierie, tandis que la seconde concernait les modalités de résiliation du lien l'unissant au prestataire litigieux, portant sur sa partie du marché.

En premier lieu, s'agissant de l'inexécution de ses engagements par la société, la cour d'appel de Toulouse avait rejeté la demande reconventionnelle de la clinique, lui reprochant de ne pas avoir constitué la preuve des retards et fautes d'exécution prétendues à l'encontre de l'intervenant à l'opération immobilière.

Au visa de l'ancien article 1147 du code civil, la Cour de cassation a censuré la décision des juges du fond, à défaut d'avoir recherché si le rapport présenté par la clinique, établi par un bureau d'études techniques, n'établissait pas les fautes reprochées à la société membre du groupement. Il résultait notamment de ce document un certain nombre de manquements répétés et de négligences de la société d'ingénierie dans la réalisation des études d'esquisses et l'élaboration de l'avant-projet sommaire du projet d'extension des bâtiments existants.

En second lieu, s'agissant de la résiliation de l'engagement, la cour d'appel avait jugé que l'irrégularité formelle de la demande faite par la clinique faisait échec à son bien-fondé. En effet, la convention de groupement stipulait que le maître d'ouvrage pouvait seulement demander l'exclusion de la société du marché de maîtrise d'œuvre, à la condition préalable de l'avoir mise en demeure de satisfaire à ses obligations dans les délais impartis. Les juges du fond, au vu du non-respect de ces formalités contractuelles, qui en outre auraient dû être adressées au mandataire du groupement, avaient écarté le bien-fondé de la résiliation. En visant les anciens articles 1134 et 1147 du code civil, la Cour de cassation censure ce raisonnement, pour défaut de base légale. Elle reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché si la gravité des manquements contractuels de l'intervenant à l'opération ne justifiait pas la résiliation du contrat afférent à son lot dans le marché de maîtrise d'œuvre. Cette solution s'inscrit dans la lettre des prescriptions du nouvel article 1224 du code civil, dont le critère de gravité de l'inexécution est désormais commun aux résolutions par voies de notification et judiciaire (V. égal., C. civ., art. 1226).

L'intérêt du groupement conjoint rejaillit dans ce type d'affaires, au bénéfice du mandataire et des autres entreprises membres du groupement. En l'absence de solidarité, en application de l'ancien article 1202 du code civil

(auj., art. 1310), aucun ne sera tenu de supporter la dette de réparation consécutive au préjudice subi par le maître d'ouvrage (V. toutefois pour une solidarité reconnue malgré l'absence de stipulation expresse, lorsque les missions et honoraires des différents membres du groupement ne sont pas délimités, Civ. 3e, 11 juill. 2012, n° 10-28.535, Bull. civ. III, n° 106 ; Dalloz actualité, 4 sept. 2012, obs. F. Garcia ; D. 2013. 2802, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et I. Darret-Courgeon ; pour une autre illustration, v. Civ. 3e, 26 janv. 2005, Bull. civ. III, n° 14 ; RTD civ. 2006. 316, obs. J. Mestre et B. Fages ; CCC 2005. 83, obs. L. Leveneur). Plus particulièrement, le mandataire ne sera pas tenu de se substituer au titulaire du lot défaillant afin d'exécuter la mission qui lui avait été contractuellement dévolue (pour une illustration d'un mandataire tenu de répondre de la faute d'exécution commise par une autre société du groupement, v. Civ. 3e, 13 févr. 2013, n° 11-22.427, Bull. civ. III, n° 23 ; Dalloz actualité, 20 mars 2013, obs. F. Garcia ; RDI 2013. 223, obs. P. Malinvaud), dès lors que cela a été contractuellement prévu (en revanche, si la norme AFNOR P 03-001 des marchés privés a été visée par le contrat, le mandataire commun doit prendre les mesures nécessaires pour pallier le cas de l'entrepreneur défaillant – plus largement sur ce point, v. Rép. dr. imm., v° Contrat d'entreprise, spéc. n° 179, par B. Boublil).

Enfin, les difficultés rencontrées en l'espèce par le maître d'ouvrage rappellent l'intérêt de la couverture assurantielle dommages-ouvrage, puisqu'en application des dispositions de l'article L. 242-1, alinéa 8, du code des assurances, elle pourra être mise en œuvre afin de garantir « le paiement des réparations nécessaires lorsque : avant la réception, après mise en demeure restée infructueuse, le contrat de louage d'ouvrage conclu avec l'entrepreneur est résilié pour inexécution, par celui-ci, de ses obligations [...] ». Cette voie reste d'autant plus intéressante lorsque l'intervenant défaillant est engagé dans une procédure de redressement judiciaire.

IV – REFUS DE LA QUALITÉ DE SOUS-TRAITANT À UN FABRICANT D'ASCENSEUR

Marché public – sous-traitance – absence de faute du maître d'ouvrage

Aux termes de l'article 1er de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance : "*Au sens de la présente loi, la sous-traitance est l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître de l'ouvrage*". Pour l'application de ces dispositions, le contrat par lequel le titulaire d'un marché public de travaux commande à une entreprise la fourniture d'éléments de construction ne peut être regardé comme confiant au fournisseur l'exécution en sous-traitance d'une partie des prestations du marché.

Il résulte de l'instruction, notamment de la facture émise le 28 mars 2013 et du formulaire de déclaration de sous-traitance que la société Lumana s'est bornée à produire, transporter et livrer un ascenseur sans exécuter de prestation d'installation ou de montage de cet ascenseur sur le chantier. Les plans élaborés pour la société PCA par la société F., dont le rôle dans le marché n'est au

demeurant pas précisé, ne suffisent pas à établir que la société Lumana aurait fabriqué un ascenseur répondant à des spécifications particulières du marché en cause. Elle n'a donc pas participé à l'exécution du marché signé le 23 janvier 2013 entre la commune et la société PCA et ne peut être regardée comme ayant la qualité de sous-traitant au sens des dispositions précitées de la loi du 31 décembre 1975.

La circonstance que la commune a, par un courrier électronique du 22 mars 2013, indiqué que la demande de sous-traitance à la société Lumana pour la fabrication et livraison sur site d'un ascenseur était conforme et acceptée ne peut avoir pour effet de lui conférer la qualité de sous-traitante.

La société Lumana n'est ainsi pas fondée à soutenir qu'en ne régularisant pas sa situation alors qu'elle avait connaissance de son intervention sur le chantier en qualité de sous-traitante, la commune aurait commis une faute de nature à engager sa responsabilité.

CAA Nantes, 23 février 2018, *Société Lumana*, n° 16NT01170

V – PRÉSENTATION D'UN SOUS-TRAITANT EN COURS D'EXÉCUTION D'UN MARCHÉ PUBLIC - CONDITION DE PAIEMENT DIRECT

Sous-traitance – paiement direct

Une région a mandaté une SEM afin de prendre en charge la réalisation de travaux de restructuration et d'extension des ateliers et de regroupement des bureaux administratifs d'un lycée. Dans ce cadre, la SEM a confié le lot gros œuvre de cette opération à la société S. ; Cette dernière société a sous-traité une partie de ses prestations à la société H. ; A la suite du placement en liquidation judiciaire de la société S., la société H. a demandé au maître d'ouvrage le paiement direct d'une somme refusée par la société SEM.

Il résulte de la combinaison des dispositions des articles 3, 6 et 8 de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 que le paiement direct du sous-traitant par le maître de l'ouvrage, pour la part du marché dont il assure l'exécution, est subordonné à la double condition que, sur la demande de l'entrepreneur principal, le sous-traitant ait été accepté par le maître de l'ouvrage et que les conditions de paiement du contrat de sous-traitance aient été agréées par lui. Lorsque, comme il en la faculté, l'entrepreneur principal ne présente un sous-traitant au maître de l'ouvrage, en vue de son agrément, qu'en cours d'exécution du marché, le sous-traitant n'est en droit de prétendre au paiement direct que pour les seules prestations exécutées postérieurement à cet agrément.

Le maître d'ouvrage a accepté la société requérante et agréé ses conditions de paiement, par un formulaire DC 4. Les factures produites par le maître d'ouvrage attestent du versement de ces sommes à la requérante. La société requérante ne peut dès lors se prévaloir de l'agrément pour obtenir le paiement des sommes restant en litige qui concernent des prestations

différentes de celles visées par cet acte ; Elle ne produit aucun autre formulaire permettant de justifier qu'elle a été acceptée et que ses conditions de paiement ont été agréées s'agissant d'autres prestations...

CAA Nancy, 20 février 2018, *Société HSOLS Industriels*, n° 16NC01473

VI – UN MAÎTRE D'OUVRAGE AYANT COMMIS UNE IMPRUDENCE PARTICULIÈREMENT GRAVE LORS DE LA RÉCEPTION DE TRAVAUX NE PEUT RECHERCHER LA RESPONSABILITÉ DU MAÎTRE D'ŒUVRE.

dont se plaint le maître d'ouvrage. Il en est ainsi dans le cas où le maître d'ouvrage a fait preuve d'une imprudence particulièrement grave en prononçant la réception de l'ouvrage malgré sa connaissance des désordres qui l'affectaient.

Réception des travaux – maîtrise d'œuvre et obligation de conseil

La responsabilité du maître d'œuvre pour manquement à son devoir de conseil peut être engagée, dès lors qu'il s'est abstenu d'appeler l'attention du maître d'ouvrage sur des désordres affectant l'ouvrage et dont il pouvait avoir connaissance, de sorte que la personne publique soit mise à même de ne pas réceptionner l'ouvrage ou d'assortir la réception de réserves. Si la seule circonstance que le maître d'ouvrage ait connaissance des désordres affectant l'ouvrage avant sa réception ne suffit pas à exonérer le maître d'œuvre de son obligation de conseil lors des opérations de réception, la responsabilité du maître d'œuvre peut être écartée si ses manquements à son devoir de conseil ne sont pas à l'origine des dommages

A noter >> A la date à laquelle les opérations de réception des travaux ont été réalisées, entre novembre 2012 et mars 2013, la commune avait une parfaite connaissance des désordres ainsi que de leur étendue et elle a fait preuve d'une imprudence particulièrement grave en prononçant néanmoins la réception de l'ouvrage sans réserve ; Dans ces conditions, les dommages dont se plaint la commune ne peuvent être regardés comme trouvant leur origine directe dans un manquement du maître d'œuvre à ses obligations de conseil mais dans sa propre faute

CAA de Nancy, 30 janvier 2018, *Commune de Saint-Dié-des-Vosges*, n° 16NC02728

VII – REJET DE L'APPLICATION DE LA GARANTIE DÉCENNALE POUR DES TRAVAUX DE FAIBLE IMPORTANCE SUR DE L'EXISTANT VÉTUSTE

Responsabilité décennale – existant – travaux de faible envergure - vétusté

Il est de jurisprudence classique que la responsabilité décennale (ou « garantie décennale ») visée par les dispositions de l'article 1792 du code civil, peut être retenue contre un constructeur pour des travaux sur ouvrages existants, à la condition qu'ils présentent une certaine importance (Cass., 3^{ème} ch. civ., 9 décembre 1992, n° 91-12.097, Bulletin 1992 III N° 321 p. 198).

En effet, le critère de l'ampleur des travaux participe à la qualification d'ouvrage, notamment en cas d'intervention sur du bâti existant, ce qui conditionne l'opposabilité de la garantie décennale.

Or, en l'espèce, la Cour de cassation rejette l'application de ladite garantie en raison de ce que les travaux présentaient une importance modeste, sans incorporation de matériaux nouveaux à l'ouvrage, et correspondaient à une réparation limitée dans l'attente de l'inéluctable réfection complète d'une toiture à

la vétusté manifeste.

Par suite, ils ne constituaient pas un élément constitutif de l'ouvrage.

En d'autres termes, des travaux réalisés à titre conservatoire, c'est-à-dire dans l'attente de travaux de plus grande envergure rendus nécessaires par le délabrement connu de l'ouvrage principal, ne justifient pas qu'il soit retenu contre le constructeur la responsabilité découlant de l'article 1792 du code civil.

Enfin, la connaissance de cet état de fait par le maître d'ouvrage fait obstacle à ce que la responsabilité contractuelle du constructeur soit retenue en raison d'un prétendu manquement à son devoir de conseil.

Cass., 3^{ème} ch. civ., 28 février 2018, n° 17-13.478, Publié au bulletin

VIII – LA RETENUE DE GARANTIE NE S'APPLIQUE QU'AUX COÛTS LIÉS AUX RÉSERVES ÉMISES LORS DE LA RÉCEPTION

Retenue de garantie et sommes restituées – réception

Les dispositions de l'ancien code des marchés publics, reprises à l'identique par le décret de 2016, prévoient que : « *La retenue de garantie a pour seul objet de couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie.* »

En l'espèce, la CAA de Lyon a eu l'occasion de se prononcer sur l'étendue de l'application de ce régime aux travaux réalisés par le titulaire d'un marché public ayant pour objet de construire un réseau d'eaux usées. Le contrat, à la suite d'une défaillance fautive du titulaire, a été résilié par le maître d'ouvrage. Un marché de substitution a donc été conclu en

vue de « la reprise des anomalies » causées par le titulaire initial.

Après que la cour a reconnu que les travaux ont été réceptionnés avec réserves, elle a estimé que le montant du marché de substitution, dès lors qu'il a été conclu dans le but de réparer les malfaçons, peut être déduit du montant de la retenue de garantie.

En revanche, les frais de constat d'huissier et de publication d'une procédure de passation dans un journal d'annonces légales n'ont pas vocation à être couverts par la retenue de garantie, ces dépenses se justifiant en raison de l'abandon du chantier par le titulaire avant la fin des travaux et de la nécessité de les faire exécuter par une autre entreprise.

CAA Lyon, 8 mars 2018, *Commune de Saint-Diéry*, n° 17LY01827

IX – SOCIÉTÉS MEMBRES D'UN MÊME GROUPE : LA CONCERTATION AVANT LA REMISE DES OFFRES EST CONSTITUTIVE D'UNE ENTENTE

Concurrence – entente – procédure de passation

L'autorité de la concurrence vient de rendre une décision intéressante concernant les possibilités pour des sociétés membres d'un même groupe de répondre à un appel d'offres.

Les sociétés membres d'un même groupe peuvent être concurrentes dans le cadre d'un appel d'offres et ainsi présenter des offres distinctes.

Toutefois, dans cette hypothèse, elles ne

peuvent se concerter avant le dépôt de leurs offres. Toute concertation dans ce cas serait constitutive d'une entente.

Si elles souhaitent se concentrer, elles doivent dans ce cas déposer une offre unique dans le cadre d'un groupement.

Décision n°18-D-02 du 19 février 2018 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux d'entretien d'espaces verts en Martinique

X – L'ACHETEUR PUBLIC A LA FACULTÉ ET NON L'OBLIGATION D'INVITER LES CANDIDATS DONT L'OFFRE EST IRRÉGULIÈRE A RÉGULARISER

Passation du marché – offre irrégulière – régularisation

Le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics a introduit la possibilité pour les acheteurs publics d'inviter les soumissionnaires concernés à régulariser leur offre irrégulière dans un délai approprié, à condition qu'elle ne soit pas anormalement basse (article 59 II du décret).

Le Conseil d'Etat vient de préciser qu'il s'agissait d'une simple faculté et non d'une obligation.

L'acheteur public est le seul juge de l'opportunité de mettre en œuvre cette faculté.

En outre, la Haute juridiction précise que cette possibilité de régulariser l'offre ne doit pas permettre aux candidats de modifier les caractéristiques substantielles de son offre.

Par conséquent, un candidat qui aurait vu son offre rejetée au motif qu'elle était irrégulière ne saurait reprocher à l'acheteur public de ne pas l'avoir invité à la régulariser pour contester la régularité de la procédure de passation du marché.

CE, 21 mars 2018, *Département des Bouches-du-Rhône*, n° 415929



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 : info@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 : info@adamas-lawfirm.com