

CONTRATS PUBLICS

- ❖ La CJUE impose la transparence sur l'étendue des accords-cadres
- ❖ Recours « Tarn-et-Garonne » : le juge peut statuer ultra petita
- ❖ En cas de résiliation irrégulière pour faute par l'administration, prise en compte dans l'indemnisation du cocontractant des fautes commises par le cocontractant
- ❖ Des pénalités s'élevant à 28 % du montant du contrat ne sont pas excessives
- ❖ Rappel du Conseil d'Etat quant à l'interdiction de renoncer aux intérêts moratoires par un protocole transactionnel
- ❖ Précisions s'agissant de la compatibilité de la vente en l'état futur d'achèvement (vefa) d'un immeuble acquis par une personne publique avec les règles de la commande publique
- ❖ Le Conseil d'Etat se prononce sur les modalités de recours aux marches de substitution et sur le droit de suivi du titulaire défaillant
- ❖ Conventions d'occupation du domaine public : une personne publique ne peut légalement délivrer au profit d'une personne privée une autorisation d'occupation aux fins d'y exercer une activité économique, lorsque sa décision aurait pour effet de méconnaître le droit de la concurrence
- ❖ Contestation par un tiers du refus de mettre fin à l'exécution d'un contrat : la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence n'est pas, en principe, un moyen invocable

CONSTRUCTION

- ❖ Recodification de la partie réglementaire du code de la construction et de l'habitation
- ❖ Le promettant s'oblige définitivement à vendre dès la conclusion de la promesse, sans possibilité de rétractation.
- ❖ Le délai prévu à l'article 1792-4-3 du code civil est un délai de forclusion
- ❖ L'appréciation de l'impropriété à la destination tient compte du standing de l'ouvrage
- ❖ Le maître d'ouvrage n'est responsable vis-à-vis du sous-traitant que s'il avait connaissance de sa présence
- ❖ L'erreur d'implantation faisant courir un risque de démolition engage la responsabilité décennale du constructeur
- ❖ En cas de dommages dus à l'exécution de travaux publics, le constructeur poursuivi par la victime est fondé à appeler en garantie le maître de l'ouvrage
- ❖ Pas de réception tacite sans « volonté non équivoque » du maître d'ouvrage, rappelle la cour de cassation

1

MARCHES PUBLICS / PASSATION LA CJUE IMPOSE LA TRANSPARENCE SUR L'ETENDUE DES ACCORDS- CADRES

(CJUE, 17 juin 2021, affaire C-23/20)

Les faits : Dans le cadre de la passation d'un accord-cadre visant à répondre aux besoins d'autorités régionales en équipements médicaux, une société dont l'offre n'a pas été retenue a formé un recours contre cette décision, en soutenant que les régions auraient manqué aux obligations de publicité et méconnu les principes d'égalité, de non-discrimination entre les candidats et de transparence en n'indiquant, au sein de l'avis de marché, ni la quantité ou la valeur estimée des produits à fournir, ni la quantité ou la valeur maximale des produits pouvant être acquis en exécution de l'accord-cadre. La juridiction danoise a saisi la CJUE de questions préjudicielles sur ces points.

L'acheteur doit indiquer la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu'une quantité et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre

Selon la Cour, les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, dont découle le principe de transparence, impliquent nécessairement que « **toutes les conditions et modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque** ». A cet égard, elle décide que « **l'avis de marché doit indiquer la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu'une quantité et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre et qu'une fois que cette limite aura été atteinte, ledit accord-cadre aura épuisé ses effets** ». Ces mentions peuvent également apparaître dans le cahier des charges.

Vers la fin des accords-cadres sans maximum ?

Par cette décision, **le juge européen renforce le principe de transparence, en incitant les acheteurs à encore mieux définir leur besoin en amont du recours à un accord-cadre.**

Ceux-ci devront désormais préalablement à la publication d'un avis de marché, déterminer la valeur estimée du marché en tenant compte de la valeur maximale estimée hors TVA des prestations susceptibles d'être commandées pendant toute la durée d'exécution de l'accord-cadre et ce pour l'ensemble des lots.

2

CONTRATS PUBLICS / CONTENTIEUX RECOURS TARN-ET-GARONNE : LE JUGE PEUT STATUER ULTRA PETITA

(CE, 9 juin 2021, n° 438047)

Les faits : Maître A., avocat et candidat évincé à l'attribution d'un marché de mission d'assistance à maîtrise d'ouvrage et d'accompagnement juridique pour la construction et la gestion d'un crématorium conclu par la commune de Sainte-Eulalie, demande au juge administratif la résiliation du contrat. Il se pourvoit en cassation contre le rejet de sa requête.

Saisi dans le cadre d'un recours Tarn-et-Garonne tendant à la résiliation d'un contrat public, le juge peut en prononcer l'annulation même si elle n'a pas été sollicitée du requérant

Par sa décision d'assemblée *Département de Tarn-et-Garonne* du 4 avril 2014, le Conseil d'État a ouvert aux tiers susceptibles d'être lésés de façon directe et certaine par la passation ou par les clauses d'un contrat public l'accès au juge du contrat. En présence d'irrégularités non régularisables et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il appartient au juge de prononcer « *soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci* ».

La Haute juridiction en déduit que le juge du contrat dispose « *de l'ensemble d[e] ces pouvoirs [...] et qu'il lui appartient d'en faire usage pour déterminer les conséquences des irrégularités du contrat qu'il a relevées, alors même que le requérant n'a expressément demandé que la résiliation du contrat* ». En l'espèce, le juge prononce l'annulation du contrat, quand bien même le requérant ne l'a pas sollicitée.

Le recours « Tarn-et-Garonne » est un recours de pleine juridiction

Par cet arrêt, le Conseil d'Etat rappelle que **le juge est saisi d'un recours de pleine juridiction lui permettant de faire usage de toute la palette des mesures à sa disposition (poursuite de l'exécution du contrat, régularisation, résiliation ou annulation) indépendamment des demandes des parties.** Il confirme ainsi pour le contentieux « Tarn-et-Garonne » l'analyse déjà opérée s'agissant du contentieux « Béziers II » (recours formé par les parties au contrat contre les mesures d'exécution de ce dernier) (CE, 27 février 2019, n° 410537), et s'agissant du référé précontractuel (CE, 20 octobre 2006, n° 289234).

3 MARCHES PUBLICS / RESILIATION EN CAS DE RESILIATION IRREGULIERE POUR FAUTE PAR L'ADMINISTRATION, PRISE EN COMPTE DANS L'INDEMNISATION DU COCONTRACTANT DES FAUTES COMMISES PAR LE COCONTRACTANT

(CE, 18 mai 2021, n° 442530)

Les faits : La Régie des transports métropolitains (RTM) de Marseille, conclut le 21 juin 2013 un marché public de renouvellement et de maintenance avec la société Alapont France. Par deux courriers des 20 octobre et 17 novembre 2016, la RTM met en demeure le titulaire de respecter ses obligations contractuelles dans un délai de quinze jours, puis prononce la résiliation pour faute du marché le 12 décembre suivant. Le Tribunal administratif puis la Cour administrative de Marseille sont saisis par la société Alapont France d'une demande tendant à la reprise des relations contractuelles et au versement d'indemnités s'élevant à plus de 950.000 euros. La Cour, sans ordonner la reprise des relations contractuelles, fait droit à ses conclusions indemnitaires, mais uniquement à hauteur de 115.000 € environ. La RTM conteste l'octroi d'indemnités à la société Alapont France devant le Conseil d'Etat.

Les fautes commises par le co-contractant sont susceptibles de limiter son indemnisation

Parmi les prérogatives de puissance publique dont elle dispose, l'Administration a la possibilité -nonobstant les stipulations contractuelles en ce sens - de prononcer une résiliation aux torts exclusifs du titulaire, à la **condition toutefois que le titulaire du marché ait « commis une faute d'une gravité suffisante »** (pour une application récente de ce principe, voir CE, 18 décembre 2020, n° 433386). Si ce pouvoir de résiliation aux torts exclusifs du titulaire est intervenu de façon irrégulière, en particulier parce qu'il n'a commis aucune faute pouvant être jugée comme suffisamment grave, la question de son indemnisation se pose.

Se prononçant sur ces modalités d'indemnisation, le Conseil d'Etat juge que « **les fautes commises par le cocontractant de la personne publique dans l'exécution du contrat sont susceptibles, alors même qu'elles ne seraient pas d'une gravité suffisante pour justifier la résiliation du contrat aux torts du titulaire, de limiter en partie son droit à l'indemnisation du préjudice qu'il subit du fait de cette résiliation irrégulière** ».

Il en ressort que les fautes alléguées par l'Administration pour résilier le contrat aux torts exclusifs du titulaire, – et qui n'auraient pas dû conduire initialement à la résiliation du contrat litigieux – ont en revanche une influence dans le calcul des indemnités allouées au cocontractant, et ce peu

importe le degré de gravité de ces fautes. En l'espèce, le Conseil d'Etat considère que la RTM est fondée à demander l'annulation de l'arrêt contesté, et renvoie l'affaire devant la Cour administrative de Marseille qui aura le soin de redéfinir, à l'aune des fautes commises par la société Alapont France, le montant de l'indemnité à lui allouer.

Une protection accrue de la personne publique dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de résiliation unilatérale

L'arrêt de la Haute Juridiction traduit une **protection accrue de l'Administration dans le cadre de l'exercice de son pouvoir de résiliation unilatérale**. En cas de fautes commises par son co-contractant, ce-dernier pourra voir le contrat résilié à ses torts exclusifs s'il a commis des fautes d'une nature suffisamment grave, ou voir son indemnité diminuée malgré une résiliation prononcée de façon irrégulière par l'administration.

4

MARCHES PUBLICS / PENALITES DES PENALITES S'ELEVANT A 28 % DU MONTANT DU CONTRAT NE SONT PAS EXCESSIVES

(CAA Lyon, 29 avril 2021, n° 19LY02718)

Les faits : Le centre hospitalier de la Haute Côte-d'Or conclut avec la société Schindler un marché public de services, Le centre hospitalier applique des pénalités d'un montant de 34.736,78 euros, à raison d'un retard total de cent onze jours relatif à des réparations, et d'autre pénalités pour des retards d'intervention et de réparation concernant d'autres appareils. Saisi par la société Schindler du litige, le Tribunal administratif de Lyon minore le montant des pénalités dues, condamnant cette-dernière au versement de la somme de 25.000 euros au titre des pénalités de retard.

Des pénalités de retard représentant 28% du montant total HT du marché ne sont pas « manifestement excessives »

Saisie par le titulaire, la Cour administrative de Lyon rappelle en premier lieu la fonction réparatrice des pénalités de retard et leur application sur simple constat de ce retard, indépendamment de l'existence ou de l'ampleur du préjudice réellement supporté (CE, 19 juillet 2017, n° 392707 ; CE, 12 octobre 2020, n° 431903).

La Cour poursuit en affirmant que si, lorsqu'il est saisi d'un litige entre les parties à un marché public, le juge du contrat doit, en principe, appliquer les clauses relatives aux pénalités dont sont convenues les parties en signant le

le contrat, il peut, à titre exceptionnel, saisi de conclusions en ce sens par une partie, « *modérer ou augmenter les pénalités de retard résultant du 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* ».

Au cas d'espèce, il est jugé que les pénalités de retard, représentant 28 % du montant total HT du marché sur la durée prévue de deux ans, ne sont pas « manifestement excessives ».

Confirmation de la jurisprudence antérieure

Par cet arrêt, la Cour suit une jurisprudence constante et bien établie. **Le juge administratif fait en effet rarement droit à la demande de modulation des pénalités, témoignant d'un seuil élevé de tolérance vis-à-vis des montants de pénalités stipulées par les personnes publiques** (en ce sens, voir par exemple CAA Lyon, 22 juin 2017, n° 15LY01307, jugeant régulières des pénalités équivalant à 48 % du montant du marché).

Ont toutefois pu être censurées les pénalités équivalant à la moitié (CAA Marseille, 15 mai 2017, n° 15MA03044) ou encore à la totalité (CAA Nancy, 6 août 2009, n° 07NC01671) de la valeur du marché.

5

MARCHES PUBLICS / INTERETS MORATOIRES

RAPPEL DU CONSEIL D'ETAT QUANT A L'INTERDICTION DE RENONCER AUX INTERETS MORATOIRES PAR UN PROTOCOLE TRANSACTIONNEL

(CE, 18 mai 2021, n° 443153)

Les faits : par un contrat conclu le 12 août 1991, la commune de Liévin a confié l'aménagement d'une friche à la société immobilière de construction de Liévin, aux droits de laquelle vient la société Territoires 62. Ce contrat est repris par la communauté d'agglomération de Lens-Liévin ; celle-ci, par une délibération du 17 mars 2006, clôture l'opération d'aménagement de la friche en arrêtant le déficit à la somme de 857.664,64 euros. Le président de la communauté d'agglomération est autorisé, par une délibération du conseil communautaire du 1er juin 2015, à signer un protocole transactionnel avec la société Territoires 62, dans le but de régler une somme égale à ce déficit, à condition que cette société renonce à réclamer des intérêts moratoires s'élevant à 158.746 euros et à toute action relative à l'exécution du contrat. Le protocole transactionnel, signé le 13 août 2015, est attaqué par des conseillers communautaires, qui contestent la validité de la renonciation aux intérêts moratoires.

Rappel de l'interdiction « absolue » de renoncer aux intérêts moratoires en marché public

Le Conseil d'Etat rappelle les dispositions de l'article 67 de la loi du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, applicable à la date de la transaction litigieuse : « *Dans le cadre des marchés publics, y compris les travaux sur mémoires et achats sur factures, est réputée non écrite toute renonciation au paiement des intérêts moratoires exigibles en raison du défaut, dans les délais prévus, soit du mandatement des sommes dues, soit de l'autorisation d'émettre une lettre de change-relevé, soit du paiement de celle-ci à son échéance.* / La présente disposition est applicable à toute clause de renonciation conclue à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi ». **Ces dispositions interdisent, et ce « de façon absolue », de renoncer aux intérêts moratoires dus en raison de retards dans le règlement des marchés publics.**

Le Conseil d'Etat confirme ainsi sa jurisprudence antérieure (CE, 17 octobre 2003, n° 249822), dans laquelle il avait admis pour la première fois que « *toute délibération de l'organe délibérant de la personne publique responsable du marché qui autoriserait une transaction avec le titulaire du marché ou ses sous-traitants par laquelle ceux-ci renonceraient à tout ou partie des intérêts qui leur seraient dus serait illégale, quel que soit le moment où elle interviendrait* ».

Rappel du critère de distinction entre marché public et concession

Dès lors que les dispositions précitées relatives à l'interdiction de renoncer aux intérêts moratoires ne sont applicables qu'aux marchés publics, la Haute juridiction, amenée à se prononcer sur la qualification du contrat ayant donné lieu au protocole litigieux, rappelle qu'**un contrat public mettant le risque financier à la charge de la collectivité publique est bien un marché public et non pas une concession** (en l'occurrence, une concession d'aménagement), faisant ainsi application de sa jurisprudence classique en la matière (CE, 7 novembre 2008, n° 291794 ; CE, 4 mars 2021, n° 438859).

6

VEFA / COMMANDE PUBLIQUE PRECISIONS S'AGISSANT DE LA COMPATIBILITE DE LA VENTE EN L'ETAT FUTUR D'ACHEVEMENT (VEFA) D'UN IMMEUBLE ACQUIS PAR UNE PERSONNE PUBLIQUE AVEC LES REGLES DE LA COMMANDE PUBLIQUE

(CAA Nancy, 15 avril 2021, n° 19NCO2073)

Les faits : la question portait, en l'espèce, sur la compatibilité de l'acquisition en VEFA par Metz Métropole d'un bâtiment destiné à accueillir le nouveau siège de la collectivité, dans le cadre d'un programme immobilier global réalisé par la société Demathieu et Bard Immobilier.

Le rappel des critères de requalification d'une VEFA en marché public de travaux

La Cour administrative d'appel de Nancy rappelle le considérant de principe issu de l'arrêt « Région Midi-Pyrénées » du Conseil d'Etat en date du 8 février 1991 (n° 57679) aux termes duquel : « *si aucune disposition législative n'interdit aux collectivités publiques de procéder à l'acquisition de biens immobiliers au moyen de contrats de vente en l'état futur d'achèvement, elles ne sauraient recourir à de tels contrats lorsque l'objet de l'opération consiste en la construction même d'un immeuble pour le compte de la collectivité publique, lorsque l'immeuble est entièrement destiné à devenir sa propriété et lorsqu'il a été conçu en fonction des besoins propres de la personne publique* ».

L'application de ces critères à l'acquisition envisagée par la collectivité

Faisant application de ces principes, la Cour a considéré que l'opération en cause ne pouvait être qualifiée de marché public de travaux, et ce quand bien même l'immeuble en cause était entièrement destiné à intégrer le patrimoine de la collectivité, dès lors que :

- d'une part, l'autorisation d'urbanisme avait été accordée au promoteur le 4 décembre 2014 et que les démarches de commercialisation avaient été engagées par lui dès la fin décembre 2014, soit à une date antérieure aux premiers échanges intervenus entre ce dernier et la collectivité ;
- d'autre part, l'ensemble immobilier, qui permettait des aménagements de bureaux et de cloisonnement, ne comportait **pas de caractéristiques particulières qui auraient eu pour objet de répondre aux besoins de la collectivité** ;

- enfin, la collectivité n'avait exercé **aucune influence déterminante sur la nature ou la conception de l'ensemble immobilier, lequel n'avait été conçu ni à son initiative, ni en fonction de ses besoins.**

A cet égard, la Cour a relevé que l'intéressée avait procédé ultérieurement à des aménagements spécifiques dans le cadre d'un marché public de travaux et qu'elle avait conclu en outre un marché public de maîtrise d'œuvre pour l'aménagement intérieur de son nouveau siège. **La Cour semble ainsi considérer que la personne publique peut librement acquérir dans le cadre d'une VEFA un immeuble conçu par le vendeur, à charge pour elle de réaliser les travaux répondant à ses besoins en passant les marchés nécessaires dans le respect des procédures de publicité et de mise en concurrence qui s'imposeront à elle.**

7

MARCHES PUBLICS / SUBSTITUTION LE CONSEIL D'ETAT SE PRONONCE SUR LES MODALITES DE RECOURS AUX MARCHES DE SUBSTITUTION ET SUR LE DROIT DE SUIVI DU TITULAIRE DEFAILLANT

(CE, 27 avril 2021, n° 437148)

Les faits : une communauté de communes entreprend deux opérations de travaux et en confie la maîtrise d'ouvrage à un Office Public de l'Habitat (OPH). L'OPH attribue le lot gros œuvre des deux opérations à la société CBI. Estimant que cette dernière est défaillante dans l'achèvement des travaux et la reprise de malfaçons les affectant, l'OPH résilie les marchés à ses frais et risques puis conclut des marchés de substitution. La société CBI conteste les décomptes qui lui sont présentés et qui faisaient apparaître des soldes négatifs. Les juridictions de première instance puis d'appel ayant rejeté son recours, elle forme un pourvoi en cassation.

Possibilité d'inclure dans un marché de substitution la reprise des malfaçons

Le Conseil d'Etat reprend sa jurisprudence désormais classique sur les conditions de recours aux marchés de substitution selon laquelle il résulte notamment « *des règles générales applicables aux contrats administratifs* » que **le maître d'ouvrage d'un marché de travaux publics peut, « après avoir vainement mis en demeure son cocontractant de poursuivre l'exécution des prestations qu'il s'est engagé à réaliser conformément aux stipulations du contrat », décider de confier l'achèvement des travaux à un autre entrepreneur, aux frais et risques de son cocontractant défaillant** (en ce sens, voir CE, 9 novembre 2016, n° 388806).

Dans la décision commentée, le Conseil d'Etat précise que le maître d'ouvrage a la faculté d'« *inclure dans ce marché de substitution des prestations tendant à la reprise de malfaçons sur des parties du marché déjà exécutées* ». L'apport de cette décision est que la Haute Juridiction juge que des travaux de reprise de malfaçons sur des parties du marché déjà exécutées peuvent être inclus dans un marché de substitution dont l'objet est plus large et porte également sur la poursuite de l'exécution du contrat initial.

Droit de suivi du titulaire défaillant

Dans une telle hypothèse, le Conseil d'Etat précise que le **cocontractant défaillant doit pouvoir bénéficier du droit de suivre l'exécution**, par le titulaire substitué, des travaux de reprise de malfaçons, au même titre que les travaux de poursuite de son marché, ce afin de veiller à la sauvegarde de ses intérêts, dès lors que les surcoûts supportés par le maître d'ouvrage demeurent à sa charge.

8 CONVENTIONS D'OCCUPATION / CONCURRENCE

UNE PERSONNE PUBLIQUE NE PEUT LEGALEMENT DELIVRER AU PROFIT D'UNE PERSONNE PRIVEE UNE AUTORISATION D'OCCUPATION AUX FINS D'Y EXERCER UNE ACTIVITE ECONOMIQUE, LORSQUE SA DECISION AURAIT POUR EFFET DE MECONNAITRE LE DROIT DE LA CONCURRENCE

(CAA Nantes, 31 mars 2021, n° 19NT04346)

Les faits : la Chambre de commerce et d'industrie (CCI) des Côtes-d'Armor exploite la concession du site portuaire de l'Arcouest, dédié à l'embarquement des passagers à destination de l'île de Bréhat. Au mois de février 2017, la CCI a lancé un appel à projet en vue de l'attribution d'une autorisation d'occupation temporaire (AOT) du domaine public maritime départemental portuaire. La société par actions simplifiée (SAS) Sur Mer, qui exerce une activité de découverte du littoral et de transport à la demande entre l'île de Bréhat et le port de l'Arcouest, s'est portée candidate à l'attribution de cette autorisation. Après délibération de la commission d'attribution la CCI des Côtes d'Armor l'a informée, par un courrier du 24 avril 2017, que son projet n'avait pas été retenu et que l'autorisation avait été attribuée à la société les Vedettes de Bréhat. La SAS Sur Mer a demandé au Tribunal administratif de Rennes l'annulation de ce contrat, et relève appel du jugement du 11 septembre 2019 par lequel le Tribunal administratif a rejeté sa demande.

La délivrance d'une AOT en vue d'exercer une activité économique n'est pas susceptible de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie, sous réserve qu'elle n'ait pas pour effet de placer son titulaire en situation d'abus de position dominante

La Cour administrative de Nantes rappelle que **l'autorité chargée de la gestion du domaine public peut autoriser une personne privée à occuper une dépendance de ce domaine en vue d'y exercer une activité économique, une telle autorisation n'étant pas susceptible, par elle-même, de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie**, dont le respect implique que les personnes publiques n'apportent pas aux activités de production, de distribution ou de services exercées par des tiers des restrictions qui ne seraient pas justifiées par l'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi.

Elle précise toutefois **qu'une personne publique ne peut légalement délivrer au profit d'une personne privée une autorisation d'occuper le domaine public aux fins d'y exercer une activité économique, lorsque sa décision aurait pour effet de méconnaître le droit de la concurrence, notamment en plaçant automatiquement l'occupant en situation d'abuser d'une position dominante.**

Au cas d'espèce, il ne résultait pas de l'instruction que l'attribution à la société des Vedettes de Bréhat de la convention d'occupation domaniale litigieuse aurait eu pour effet, par elle-même, de placer celle-ci en situation d'exploiter abusivement la position dominante dont elle est susceptible de bénéficier, en y perturbant notamment de manière significative les conditions d'exercice de la concurrence sur le marché.

La Cour juge donc que la requérante n'est pas fondée à soutenir que la délivrance de l'autorisation litigieuse a pour effet de méconnaître le droit de la concurrence, et refuse de faire droit à la demande d'annulation de cette-dernière.

9

CONCESSIONS / PASSATION CONTESTATION PAR UN TIERS DU REFUS DE METTRE FIN A L'EXECUTION D'UN CONTRAT : LA MECONNAISSANCE DES REGLES DE PUBLICITE ET DE MISE EN CONCURRENCE N'EST PAS, EN PRINCIPE, UN MOYEN INVOCABLE (CE, 12 avril 2021, n° 436663)

Les faits : le syndicat départemental d'énergie et d'équipement du Finistère (SDEF) avait conclu, en 1993, avec Electricité de France (EDF) une convention de concession pour le service public de la distribution d'énergie électrique dont la durée était fixée à 30 ans. Le champ d'application territorial de cette convention a été étendu à l'île de Sein par un avenant du 4 juin 1993. Mais, en novembre 2016, la société Ile de Sein Energies (IDSE) a demandé au SDEF qu'il soit mis fin à l'exécution de cette convention en tant qu'elle concernait l'île de Sein et que la concession du réseau de distribution de l'électricité sur l'île lui soit transférée. Le SDEF a rejeté cette demande. La société IDSE a alors saisi le Tribunal administratif de Rennes, la Cour administrative d'appel de Nantes, puis le Conseil d'Etat, aux fins de faire constater l'illégalité de la convention de concession en tant qu'elle portait sur l'île de Sein et d'obtenir sa résiliation.

L'application de la jurisprudence France-Manche

Le Conseil d'Etat fait application de sa célèbre jurisprudence France-Manche (CE, 30 juin 2017, n° 398445), aux termes de laquelle **un tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par une décision refusant de faire droit à sa demande de mettre fin à l'exécution du contrat, est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution de celui-ci.**

Toujours en application de cette jurisprudence, la Haute juridiction rappelle que les tiers ne peuvent utilement soulever, à l'appui de leurs conclusions tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution du contrat, que des moyens tirés :

- de ce que **la personne publique contractante était tenue de mettre fin à son exécution du fait de dispositions législatives applicables aux contrats en cours ;**
- de ce que **le contrat est entaché d'irrégularités qui sont de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution** et que le juge devrait relever d'office ;

- de ce que **la poursuite de l'exécution du contrat est manifestement contraire à l'intérêt général.**

La méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence n'est pas un moyen invocable

La société IDSE soutenait à l'appui de ses conclusions tendant à ce qu'il soit mis fin à l'exécution de la convention litigieuse qu'elle avait été irrégulièrement attribuée à EDF sans mise en concurrence.

Le Conseil d'Etat juge que **la méconnaissance des règles de publicité et de mise en concurrence n'est pas susceptible, en l'absence de circonstances particulières, d'entacher un contrat d'un vice d'une gravité de nature à faire obstacle à la poursuite de son exécution** et que le juge devrait relever d'office et que, la société IDSE, qui n'invoquait aucune circonstance particulière impliquant que le juge du contrat mette fin à l'exécution du contrat, ne pouvait utilement soutenir que la convention litigieuse avait été irrégulièrement attribuée à EDF sans mise en concurrence.

1 CODE DE LA CONSTRUCTION ET DE L'HABITATION / MESURES RÉGLEMENTAIRES RECODIFICATION DE LA PARTIE RÉGLEMENTAIRE DU CODE DE LA CONSTRUCTION ET DE L'HABITATION

(Décret n° 2021-872 du 30 juin 2021)

A la suite de l'ordonnance n° 2020-71 du 29 janvier 2020 relative à la réécriture des règles de construction et recodifiant la partie législative du livre 1er du Code de la construction et de l'habitation, le décret n° 2021-872 du 30 juin 2021 - recodifiant sa partie réglementaire - entre en vigueur au 1er juillet.

Recodification de la partie réglementaire

Poursuivant l'objectif affiché de **simplification des règles de construction**, le texte comprend, en annexe, le nouveau livre 1er de la partie réglementaire du code, intitulé « Construction, entretien et rénovation des bâtiments ». Il est composé de neuf titres relatifs aux règles générales applicables à la construction et la rénovation de bâtiments, à l'encadrement de la conception, de la réalisation et de l'exploitation des bâtiments, aux règles générales de sécurité, à la sécurité des personnes contre les risques d'incendie, à la qualité sanitaire, à l'accessibilité et à la qualité d'usage, à la performance énergétique et environnementale, au contrôle et aux sanctions, et aux règles particulières applicables à l'outre-mer.

Mise en œuvre du principe de « solutions d'effet équivalent »

Surtout, **les modalités de mise en œuvre du principe de « solutions d'effet équivalent » sont précisées**. Pour mémoire, le nouvel article L. 112-6 du Code de la construction et de l'habitation définit la solution d'effet équivalent comme une « *solution technique par laquelle la justification du respect des objectifs généraux assignés dans un champ technique est apportée* ». Désormais, lorsqu'un maître d'ouvrage décide de recourir à une solution d'effet équivalent, **il doit justifier que sa solution respecte les objectifs généraux fixés par le Code**, et faire valider par un organisme tiers l'équivalence entre la solution qu'il propose de mettre en œuvre et la solution de référence au sens du Code. Le caractère équivalent de la solution que le maître d'ouvrage entend mettre en œuvre est attesté avant la mise en œuvre de cette solution.

Par ce décret, le gouvernement poursuit ainsi son objectif de substituer, à l'obligation de moyen imposant aux constructeurs des dispositifs techniques précis et le respect des règles d'art, une **obligation de résultat exprimée en performances à atteindre**.

2 TRANSACTIONS IMMOBILIÈRES / PROMESSES UNILATÉRALES DE VENTE

LE PROMETTANT S'OBLIGE DÉFINITIVEMENT À VENDRE DES LA CONCLUSION DE LA PROMESSE, SANS POSSIBILITÉ DE RETRACTATION

(Cass. 3^e civ., 23 juin 2021, n° 20-17.554)

Les faits : M. F. et Mme M. ont consenti le 1er février 1999 une promesse de vente d'un appartement, l'option ne pouvant être levée qu'au décès de la précédente propriétaire. Mme M. s'est rétractée de cette promesse le 17 février 2010, et les bénéficiaires de la promesse de vente à la suite du décès de la précédente propriétaire ont levé l'option le 8 janvier 2011. Ils ont assigné Mme M. en réalisation de la vente.

La promesse unilatérale de vente engage définitivement à vendre, sans possibilité de rétractation

La Cour de cassation déclare parfaite la vente consentie aux bénéficiaires par la promesse, au motif que la promesse unilatérale de vente est un avant-contrat qui contient, outre le consentement du vendeur, les éléments essentiels du contrat définitif qui serviront à l'exercice de la faculté d'option du bénéficiaire et à la date duquel s'apprécient les conditions de validité de la vente, notamment s'agissant de la capacité du promettant à contracter et du pouvoir de disposer de son bien.

Pour la Cour, **la portée juridique de l'engagement du promettant signataire d'une promesse unilatérale de vente est celle d'une obligation définitive de vendre définitivement à vendre dès la conclusion de l'avant-contrat, sans possibilité de rétractation, sauf stipulation contraire**.

Revirement de jurisprudence

La Cour jugeait jusqu'à présent que tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation du promettant ne constituait qu'une obligation de faire. **La levée de l'option, postérieure à la rétractation du promettant, excluait toute rencontre des volontés**

réciproques de vendre et d'acquérir, de sorte que la réalisation forcée de la vente ne pouvait être ordonnée (Cass. 3e civ., 15 décembre 1993, n° 91-10.199). La violation, par le promettant, de son obligation de faire ne pouvait ouvrir droit qu'à des dommages-intérêts (Cass. 3e civ., 28 octobre 2003, n° 02-14.459).

3

MARCHES PRIVÉS / GARANTIE DECENNALE

LE DELAI PREVU A L'ARTICLE 1792-4-3 DU CODE CIVIL EST UN DELAI DE FORCLUSION

(Cass. Civ. 3, 10 juin 2021, n° 20-16.837)

Les faits : deux propriétaires confient en 2003 des travaux de réfection d'une terrasse à la société M3 construction. Des désordres étant apparus en 2011, la société accepte, par un protocole d'accord signé la même année, de procéder aux travaux de reprise nécessaires à la réparation du désordre. Les travaux réalisés ne suffisant pas à résorber le problème, les désordres réapparaissent à compter de 2014, menant les maîtres d'ouvrages à assigner l'entreprise en référé expertise.

La reconnaissance de responsabilité du débiteur n'est pas de nature à interrompre le délai décennal de l'article 1792-4-3 du Code civil, qui est un délai de forclusion

La Cour de cassation juge que le délai de dix ans pour agir contre les constructeurs sur le fondement de l'article 1792-4-3 du Code civil est un délai de forclusion.

La qualification retenue par la Cour de cassation emporte une conséquence immédiate : **le délai de l'article 1792-4-3 du code Civil échappe à toutes les causes de report du point de départ, de suspension ou d'interruption du délai de prescription posées aux articles 2233 à 2246 du même Code.**

La position de la Cour de cassation sur le débat doctrinal relatif à la nature du délai décennal posé à l'article 1792-4-3 du Code civil

S'il était acquis que les garanties légales offertes au maître d'ouvrage (responsabilité décennale, garantie biennale ou garantie de parfait achèvement) constituaient des délais de forclusion, la Cour n'avait jamais encore été invitée à déterminer la nature du délai dans lequel sont enfermées les actions en responsabilité du maître d'ouvrage à l'encontre des constructeurs ou de leurs sous-traitants lorsque cette action ne relève pas de telles garanties légales, notamment en cas de mise en jeu de la

responsabilité contractuelle du constructeur au titre de désordres dits « intermédiaires ». C'est désormais chose faite par le biais de cet arrêt.

4

MARCHES PRIVÉS / GARANTIE DECENNALE

L'APPRECIATION DE L'IMPROPRIETE A LA DESTINATION TIEN COMPTE DU STANDING DE L'OUVRAGE

(Cass. civ. 3., 12 mai 2021, n° 1924786)

Les faits : une société hôtelière, après réception, se plaint de désordres relatifs à des décolllements en cueillies des plafonds dans les chambres, des fissurations des carreaux de faïence sur les murs des salles de bains au droit et au-dessus des baignoires et des fissurations verticales au droit des plaques murales dans les WC.

Au regard du standing de l'immeuble, des désordres esthétiques le rendent impropres à sa destination

La Cour de cassation retient que ces désordres compromettent l'esthétique et l'habitabilité de l'immeuble, et qu'ils le rendent impropre à sa destination, dès lors qu'ils affectent des éléments essentiels des salles de bains et des WC, à savoir les carrelages, ainsi que les murs porteurs, rendant inhabitables des chambres de cette résidence hôtelière de haut standing.

Confirmation de la jurisprudence antérieure

Cette décision **confirme l'appréciation de l'impropriété à la destination de l'article 1792 du Code civil au regard du haut standing de l'ouvrage** (Cass. 3e civ., 11 mars 2008, n° 07-10651 ; Cass. 3e civ., 28 février 2006, n° 05-11827). En l'état, ces dommages, même s'ils peuvent être considérés comme de l'ordre de l'esthétique, rendent l'ouvrage impropre à sa destination et engagent donc la responsabilité décennale des constructeurs.

5

MARCHES PRIVÉS / RESPONSABILITE DU MAITRE D'OUVRAGE

LE MAITRE D'OUVRAGE N'EST RESPONSABLE VIS-A-VIS DU SOUS-TRAITANT QUE S'IL AVAIT CONNAISSANCE DE SA PRESENCE

(Cass. Civ.3, 15 avril 2021, n° 1920424)

Les faits : un maître d'ouvrage conclut avec un promoteur un contrat de promotion immobilière avec délégation de maîtrise d'ouvrage. Ce dernier confie les travaux à une entreprise qui sous-

traite certains lots. N'ayant pu obtenir le règlement de l'intégralité de ses créances par l'entreprise principale, le sous-traitant assigne le maître d'ouvrage et le promoteur en dommages et intérêts sur le fondement de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance (qui dispose que le maître d'ouvrage qui a connaissance de la présence sur le chantier d'un sous-traitant qui n'a pas été accepté, et dont les conditions de paiement n'ont pas été agréées, doit mettre en demeure l'entrepreneur principal de s'acquitter de ses obligations et qu'à défaut, il engage sa responsabilité).

Le maître d'ouvrage doit avoir « personnellement connaissance » de la présence du sous-traitant pour engager sa responsabilité vis-à-vis de ce dernier

Au visa de l'article 1382, devenu 1240 du Code civil et de l'article 14-1 de la loi du 31 décembre 1975, la Cour de cassation juge que « *la faute délictuelle ou quasi-délictuelle du mandataire n'engageant pas la responsabilité du mandant, celui-ci ne peut être condamné sur le fondement de l'article 14-1 [précité] que s'il a personnellement connaissance de la présence du sous-traitant sur le chantier* ».

Au cas d'espèce, si le promoteur - maître d'ouvrage délégué- était bien informé de la présence du sous-traitant sur le chantier, le maître d'ouvrage n'en avait pas personnellement connaissance.

La preuve de cette connaissance peut être rapportée par tous moyens

La connaissance de l'intervention du sous-traitant par le maître d'ouvrage peut se prouver par tous moyens, tels que les comptes rendus de réunions de chantier relatant la présence aux réunions du maître d'ouvrage et du sous-traitant (Cass. civ. 3e, 24 mai 2011, n° 10-17008) voire l'expertise judiciaire postérieure à l'achèvement du chantier (Cass. civ. 3e, 7 juillet 2015, n° 14-20353).

6

MARCHES PRIVÉS / GARANTIE DECENNALE

L'ERREUR D'IMPLANTATION FAISANT COURIR UN RISQUE DE DEMOLITION ENGAGE LA RESPONSABILITE DECENNALE DU CONSTRUCTEUR

(Cass. civ. 3, 18 mars 2021, n° 1921078)

Les faits : un maître d'ouvrage conclut avec une société un contrat de construction de maison individuelle avec fourniture de plan.

Quelques mois plus tard, l'ouvrage est construit mais le maître d'ouvrage constate une erreur d'implantation qui ne peut faire l'objet d'une régularisation. Il argue alors de la nécessité de démolir et de reconstruire la maison. Après expertise, ils assignent le constructeur et son assureur afin d'obtenir une indemnisation.

L'assurance couvre le coût des travaux de démolition-reconstruction

Pour rappel, l'article 1792 du Code civil dispose que « *tout constructeur d'un ouvrage est responsable de plein droit, envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage, des dommages, même résultant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage ou qui, l'affectant dans l'un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination* ».

Ici, les juges d'appel donnent gain de cause au maître d'ouvrage en retenant que « *la non-conformité de la construction aux prescriptions du permis de construire constitue un désordre de nature décennale* ». En conséquence, le constructeur est condamné à régler aux maîtres d'ouvrage le coût des travaux de démolition-reconstruction de la maison.

L'assureur forme alors un pourvoi en cassation. Il allègue que la Cour d'appel a fait « *seulement état d'un risque de démolition* » sans qu'il soit démontré que ce risque se réaliserait dans le délai décennal ; et qu'elle « *ne pouvait déduire que le seul refus de délivrance du certificat de conformité [demandé par le maître d'ouvrage] était susceptible de caractériser l'existence d'un dommage décennal* ».

Confirmation de la jurisprudence antérieure

La Haute juridiction confirme la décision rendue en appel. Elle énonce en effet **qu'ayant « retenu que l'erreur d'implantation faisait actuellement courir le risque de la démolition de l'ouvrage, la Cour d'appel a pu, de ces seuls motifs, en déduire que le désordre, qui rendait l'ouvrage impropre à sa destination, était de nature décennale »**.

La 3e chambre civile de la Cour de cassation avait déjà tranché en ce sens en énonçant que l'erreur d'implantation qui ne pouvait être régularisée et qui aboutissait à la démolition du bâti suffisait à engager la responsabilité décennale du constructeur (voir aussi par exemple, Cass. civ. 3, 4 mai 2016, n° 15-15.899 et Cass. Civ. 3, 6 décembre 2018, n° 17-28.513).

7

MARCHES PUBLICS / DOMMAGES DE TRAVAUX PUBLICS EN CAS DE DOMMAGES DUS A L'EXECUTION DE TRAVAUX PUBLICS, LE CONSTRUCTEUR POURSUIVI PAR LA VICTIME EST FONDE A APPELER EN GARANTIE LE MAITRE DE L'OUVRAGE

(CE, 27 avril 2021, n° 436820)

Les faits : des travaux d'extension du réseau de chauffage urbain de l'Eurométropole de Strasbourg ont provoqué l'effondrement d'une liaison haute tension exploitée par la société Électricité de Strasbourg (EDS). Cette dernière a saisi le juge du référé provision, qui a condamné le titulaire à indemniser EDS et le maître d'ouvrage à garantir intégralement le constructeur. L'Eurométropole se pourvoit en cassation contre l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Nancy qui a augmenté le montant de la provision et l'a condamné à garantir intégralement le titulaire à hauteur de cette somme.

L'existence d'une obligation non sérieusement contestable permet l'obtention d'une provision

Sur l'existence d'une obligation non sérieusement contestable, le Conseil d'État relève que *« lorsqu'il n'est pas sérieusement contestable que des dommages accidentels causés à des tiers sont imputables à l'exécution de travaux publics, ces tiers peuvent se prévaloir d'une obligation non sérieusement contestable pour obtenir une provision, à moins pour le maître d'ouvrage ou, le cas échéant, l'architecte et l'entrepreneur chargé des travaux, d'établir avec un degré suffisant de certitude l'existence d'un cas de force majeure ou d'une faute de la victime »*.

Le titulaire mis en cause par un tiers à l'ouvrage est fondé à appeler en garantie le maître d'ouvrage

La Haute Juridiction rappelle que **lorsque sa responsabilité est mise en cause par la victime d'un dommage dû à l'exécution de travaux publics, le constructeur est fondé, sauf clause contractuelle contraire et sans qu'y fasse obstacle la circonstance qu'aucune réserve de sa part, même non chiffrée, concernant ce litige ne figure au décompte général du marché devenu définitif, à demander à être garanti en totalité par le maître d'ouvrage, dès lors que la réception des travaux à l'origine des dommages a été prononcée sans réserve et que ce constructeur ne peut pas être poursuivi au titre de la garantie de parfait achèvement ou de la garantie décennale.**

Elle précise à cet égard **qu'il n'en irait autrement que dans le cas où la réception n'aurait été acquise au constructeur qu'à la suite de manœuvres frauduleuses ou dolosives de sa part.** Le Conseil d'État en conclut que la Cour administrative d'appel de Nancy n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le caractère intangible du décompte ne faisait pas obstacle à la recevabilité des conclusions d'appel en garantie.

8

MARCHES PRIVÉS / RECEPTION TACITE

PAS DE RECEPTION TACITE SANS « VOLONTE NON EQUIVOQUE » DU MAITRE D'OUVRAGE, RAPPELLE LA COUR DE CASSATION

(Cass. civ. 3, 1er avril 2021, n° 2014975)

Les faits : le maître d'ouvrage confie à une société la réfection de son système de chauffage ainsi que l'installation d'une pompe à chaleur. L'installation est réalisée et réglée par le maître d'ouvrage. La pompe à chaleur fonctionne, mais sans lui pleine satisfaction. En conséquence, il conclue un accord avec la société pour la réalisation des travaux restants. Mais cette dernière ne les exécute pas. Le maître d'ouvrage constate alors l'état des travaux et lui adresse une sommation de procéder à l'adaptation du système de chauffage. Après expertise, il assigne la société en indemnisation, estimant avoir tacitement réceptionné les travaux.

Exigence d'une volonté non équivoque

Pour rappel, il appartient à celui qui invoque l'existence d'une réception tacite d'en apporter la preuve. Doivent être pour cela établis le caractère contradictoire de la réception mais également la **volonté non équivoque du maître d'ouvrage de recevoir les travaux.**

Ici, les juges d'appel retiennent l'absence de réception et déboutent ainsi le maître d'ouvrage de sa demande indemnitaire en considérant qu'il *« avait pris possession de la première partie des travaux réalisés mais qu'il avait contesté de manière constante la qualité des travaux exécutés et demandé une expertise judiciaire pour établir les manquements de l'entrepreneur »*.

Le maître d'ouvrage forme alors un pourvoi en cassation en arguant *« que la prise de possession jointe au paiement quasi-intégral des travaux permet de caractériser la réception tacite, indépendamment de l'achèvement des travaux et de l'abandon du chantier » et « que l'achèvement des travaux n'est pas une condition de la prise de possession et de la réception d'un ouvrage »*.

Confirmation de la jurisprudence antérieure

La Haute juridiction confirme ainsi à nouveau l'exclusion de la réception tacite étant donné « *que la volonté du maître d'ouvrage de prendre réception de [l'ouvrage], fût-ce avec réserves, était équivoque* ». En conséquence, la Cour d'appel « *a pu en déduire l'absence de réception tacite à la date du paiement des premières factures représentant 80% du prix* ». Cette décision rappelle que la prise de possession d'une partie des travaux et le paiement de la quasi-totalité des factures ne suffisent pas à établir l'intention du maître d'ouvrage de réceptionner lorsque des circonstances particulières caractérisent suffisamment sa volonté de ne pas accepter les travaux. En conséquence, la garantie décennale ne pouvait être appliquée.

La Haute juridiction avait déjà, par le passé, tranché dans le même sens, en relevant que le maître d'ouvrage qui conteste la qualité des travaux de confortement illustre ainsi son absence manifeste de volonté non équivoque de recevoir les travaux (Cass. Civ. 3., 14 décembre 2017, n° 16-24752).

Haize Avocats

5 rue Saint Philippe du Roule

75008 – Paris

Tél. : + 33 (0) 1 44 29 33 70

Fax : + 33 (0) 1 44 29 33 20

contact@haize-avocats.com