

**FLORILEGE DES QUESTIONS / REPONSES 2013
DU POLE JURIDIQUE CENTRE OUEST**

1/ SUR LES MARCHES PUBLICS

Question : Est-il possible de décomposer une mission de maîtrise d'œuvre en tranche ferme et en tranche conditionnelle dans le cadre d'un marché public de maîtrise d'œuvre ?

Réponse : Le règlement de la consultation pour la construction d'une nouvelle école et d'une salle commune d'activités périscolaires prévoit une décomposition de la mission de base en deux tranches.

La tranche ferme comporte les éléments Esquisse, Avant-Projet Sommaire et Avant Projet définitif et la tranche conditionnelle est composée du reste de la mission.

L'article 72 du Code des marchés publics prévoit et encadre les marchés à tranches conditionnelles.

Ce type de marché comporte nécessairement une tranche ferme et une ou plusieurs tranches conditionnelles. Cela signifie que le maître d'ouvrage n'est engagé que sur la tranche ferme alors que le titulaire du marché s'engage sur la réalisation de l'ensemble des tranches prévues au marché.

Les prestations de la tranche ferme doivent constituer un ensemble cohérent et le marché doit prévoir un délai d'affermissement pour chaque tranche conditionnelle.

La décomposition en tranches ne porte pas atteinte au principe d'insécabilité de la mission de base.

Question : Dans le cadre d'un marché public de maîtrise d'oeuvre, le pouvoir adjudicateur peut-il imposer dans l'avis d'appel public à la concurrence que le bureau d'études techniques soit mandataire ?

Réponse : Les candidatures peuvent être présentées librement sous forme individuelle ou sous forme de groupement, le maître d'ouvrage n'étant pas autorisé à exiger un mode de présentation particulier. En revanche, selon l'article 51-VII du code des marchés publics, le maître d'ouvrage peut préciser, dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans le règlement de la consultation, la forme que devra revêtir le groupement attributaire.

Toutefois, en ce qui concerne la désignation du mandataire, ce dernier doit être librement choisi et habilité par les membres du groupement et ne peut donc pas être imposé par le maître d'ouvrage à ce stade de la procédure.

En conséquence, il n'est pas possible, d'imposer un bureau d'études comme mandataire du groupement.

Question : Dans le cadre d'un marché public, quelles sont les incidences de la diminution importante d'un montant de travaux sur les honoraires de l'architecte ?

Réponse : Un marché public de maîtrise d'œuvre a été signé pour la rénovation d'une mairie entre un architecte et une collectivité. Il était prévu un montant estimé de travaux de 400.000 € HT avec une rémunération calculée sur la base de 10% du montant HT final des travaux.

Finalement, l'économie du projet a été considérablement bouleversée car l'enveloppe financière a été revue à la baisse (200.000 € HT).

En l'espèce, eu égard à la modification importante du montant des travaux, un avenant au marché initial semble en effet à minima indispensable.

L'avenant est l'acte par lequel les parties à un contrat conviennent de modifier ou de compléter une ou plusieurs de ses clauses. Dans le cadre des marchés publics, les textes prévoient que « en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant. **Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet** ».

La régularité de cet avenant peut s'apprécier en fonction des justifications apportées par le maître d'ouvrage.

Si les justifications sont insuffisantes et en raison du bouleversement important de l'économie du projet, une nouvelle consultation de maîtrise d'œuvre devra être lancée, dans le respect des règles de la commande publique en matière de mise en concurrence.

Cette nouvelle consultation aboutira à un nouveau contrat de maîtrise d'œuvre.

En cas de hausse ou de baisse significative du montant des travaux, la rémunération du maître d'œuvre doit être adaptée en conséquence et renégociée entre les parties. Sauf dispositions contractuelles spéciales, il n'existe pas d'indemnité à allouer à l'architecte pour le préjudice subi du fait de la diminution de l'enveloppe financière.

Question : Quelles sont les règles en matière d'avenant au marché de maîtrise d'œuvre, dans le cadre d'un marché public ?

Réponse : L'article 20 du Code des marchés publics modifié par le décret du 19 décembre 2008 prévoit que « *en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant.*

Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet ».

Lorsque l'économie et l'objet d'un marché ne sont pas remis en cause, il est possible, si besoin est, de poursuivre l'exécution des prestations au-delà du montant prévu par le marché. Toutefois, cette situation requiert la conclusion d'un avenant ou la prise d'une décision de poursuivre. L'avenant est l'acte par lequel les parties à un contrat modifient ou complètent une ou plusieurs de ses clauses. Cette modification ne peut avoir ni pour objet ni pour effet de substituer au contrat initial un autre contrat.

La régularité d'un avenant s'apprécie au cas par cas, en raison des circonstances de l'espèce.

La notion de sujétions techniquement imprévues est interprétée strictement par la jurisprudence. Il s'agit de difficultés matérielles rencontrées lors de l'exécution du marché, qui présentent un caractère exceptionnel, imprévisible lors de la conclusion du contrat et dont la cause est extérieure aux parties.

La passation d'un avenant **doit être préalable** au commencement de l'exécution des prestations (CE 30 janvier 1995, société Viafrance). Il donne lieu à la rédaction du rapport de l'exécutif à transmettre au contrôle de légalité, au même titre d'un marché.

Dans un arrêt en date du 19 juin 2008, la Cour de Justice des Communautés Européennes a précisé que la modification d'un marché public en cours de validité doit être considérée comme substantielle et ne peut donc être effectuée par avenant :

- Lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue
- Lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus
- Lorsqu'elle change l'équilibre économique du contrat en faveur de l'adjudicataire du marché, d'une manière qui n'était pas prévue dans les termes du marché initial.

Une récente décision de la Cour Administrative d'Appel de Paris en date du 25 février 2013 a jugé valide un avenant, passé dans le cadre d'un marché de maîtrise d'œuvre, qui augmente de 28,48% la

rémunération de l'équipe. Se fondant notamment sur les caractéristiques du marché, la cour a conclu **qu'il n'y avait pas eu de bouleversement de l'économie du marché.**

Pour considérer que l'augmentation de 28,48% ne conduit pas à un bouleversement de l'économie du marché, la cour estime que les évolutions du programme réalisées se rapportent à des missions indissociables des prestations du marché initial. Il n'y a donc pas conclusion d'un nouveau marché de maîtrise d'œuvre, mais bien une poursuite de la mission au regard du programme initial des travaux. La cour s'est adaptée aux circonstances de l'espèce et aux spécificités du marché pour justifier sa décision. Compte tenu de la complexité du marché de maîtrise d'œuvre, l'évolution même importante de la rémunération est acceptable.

Question : Quelles sont les incidences de la demande d'annulation par le Préfet d'un avenant à un marché public de maîtrise d'œuvre en ce qui concerne notamment la rémunération de l'architecte ?

Réponse : Un nouveau montant de travaux dépassant de plus de 50% l'enveloppe financière initiale et un nouveau montant d'honoraires ont fait l'objet d'un avenant régulièrement signé par les parties concernées.

Le Préfet, dans le cadre du contrôle de la légalité exercé par l'Etat, a demandé au maître d'ouvrage de procéder à l'annulation de cet avenant au marché de maîtrise d'œuvre.

L'augmentation du montant du marché ainsi que l'augmentation de la rémunération du groupement de maîtrise d'œuvre bouleverse considérablement l'économie du contrat en violation de l'article 20 du code des marchés publics.

Cette demande du préfet se place dans la droite ligne de la jurisprudence administrative s'agissant notamment des modalités de calculs du pourcentage d'augmentation. Le Tribunal administratif a notamment rappelé, dans une décision en date du 6 janvier 2012, que la rémunération des maîtres d'œuvre doit être prévue **sur la base d'un estimatif raisonnable de travaux.**

En conséquence, ce sont les conditions du marché initial qui s'applique et la nouvelle répartition des honoraires prévue dans l'avenant est caduque.

Les factures d'honoraires doivent prendre pour référence le marché initial, qui demeure la seule référence.

Au regard de la décision du préfet, le maître d'ouvrage va devoir prendre des dispositions afin de diminuer le nouveau montant de travaux ou relancer une consultation publique de maîtrise d'œuvre sur la base du nouveau montant de travaux.

Si le pouvoir adjudicateur prend la décision de relancer la consultation de maîtrise d'œuvre, l'architecte devra être en mesure de prouver qu'il n'a pas reçu d'informations susceptibles de l'avantager par rapport aux autres candidats afin de respecter l'égalité de traitement des candidats.

Question : Quels sont les contours de l'organisation d'une phase de négociation entre deux lauréats, dans le cadre de la passation d'un concours de maîtrise d'œuvre ?

Réponse : A l'issue de la phase de sélection des projets, le jury n'a pu se déterminer entre deux projets et a classé deux candidats ex-æquo.

1/ Sur le choix d'une procédure d'audition des candidats ex-æquo

L'article 70-VIII du code des marchés publics laisse la possibilité au maître d'ouvrage de retenir un ou plusieurs lauréats.

L'article 35-II-7° ajoute que « lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à négocier ».

En conséquence, le maître d'ouvrage qui a choisi deux projets lauréats, doit négocier avec les candidats avant l'attribution du contrat à l'un d'eux.

Cette phase de négociation doit être conduite dans le respect du principe d'égalité de traitement des candidats et ne peut ni porter sur l'objet du marché, ni modifier substantiellement ses caractéristiques et les conditions de son exécution, telles qu'elles sont définies dans les documents de la consultation.

Cette phase de négociation intervient bien entendu, suite à la levée de l'anonymat à l'issue de la deuxième réunion du jury.

Cette audition se déroule sans la présence des membres du jury. Cette négociation peut porter sur l'étendue et le contenu de la mission, les conditions d'exécution du marché, les délais et peut faire l'objet d'ajustement des prestations remises par les candidats. Elle doit viser à établir la bonne adéquation entre une prestation de maîtrise d'œuvre et le projet à réaliser.

2 / Sur l'opportunité d'une telle procédure

L'article 70 du code des marchés publics laisse en effet la possibilité au maître d'ouvrage de retenir plusieurs lauréats mais le fait de retenir plusieurs lauréats pour « faciliter » la négociation est une pratique regrettable qui nie le travail du jury dont le rôle est d'identifier le meilleur projet.

La MIQCP préconise en cas d'impossibilité pour le jury de départager deux projets, la restauration du dialogue entre le jury et les concurrents tel que défini à l'article 70-VI du code des marchés publics.

Le jury peut en effet à l'issue de la deuxième phase décider de convier les concurrents à répondre aux interrogations soulevées par lui et consignées dans le procès-verbal d'examen des projets.

Cette séance de dialogue entre les membres du jury et les auteurs des projets se déroule le plus souvent après la levée de l'anonymat mais cette séance peut également avoir lieu lors d'une nouvelle réunion du jury.

Un second procès-verbal retracera alors les questions et les réponses apportées par les concurrents au jury mais il ne doit pas modifier le classement.

Il semble que si une égalité flagrante a conduit le jury à proposer deux projets ex-æquo, il est pertinent d'utiliser cette audition pour poser aux candidats les questions soulevées par leurs projets, et dont les réponses permettront au maître d'ouvrage de l'éclairer sur son choix.

Question : Quelles sont les différences entre un groupement conjoint et un groupement solidaire ?

Réponse : Les opérateurs économiques peuvent présenter leur candidature ou leur offre sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint, sous réserve du respect des règles relatives à la concurrence.

Un groupement est conjoint lorsque chacun des prestataires s'engage à exécuter la ou les prestations qui sont susceptibles de lui être attribuées dans le marché.

Un groupement est solidaire lorsque chacun des prestataires est engagé financièrement pour la totalité du marché.

La solidarité entre les membres du groupement est une solidarité purement financière. Elle n'implique pas que chaque membre ait la totalité des compétences requises pour l'exécution du marché.

En cas de groupement conjoint, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant et la répartition détaillée des prestations que chacun des membres du groupement s'engage à exécuter.

En cas de groupement solidaire, l'acte d'engagement est un document unique qui indique le montant total du marché et l'ensemble des prestations que les membres du groupement s'engagent solidairement à réaliser.

Question : Un architecte ayant réalisé une étude de faisabilité peut-il candidater au marché de maîtrise d'œuvre qui fait suite à celle-ci ?

Réponse : Aucune disposition du Code des marchés publics n'exclut la possibilité, pour une équipe qui a réalisé des études préalables, d'être candidate au marché qui suit.

Cependant, le maître d'ouvrage doit garantir le respect de l'égalité de traitement entre les candidats et s'assurer que le groupement titulaire du marché d'études préalables n'ait pas connaissance d'informations susceptibles de l'avantager. A ce titre, l'ensemble des éléments dont il a eu connaissance et les documents qu'il a élaborés devront être communiqués à tous les candidats, et ce dans le respect des principes fondamentaux définis à l'article 1^{er} du code des marchés publics.

Question : Est-il possible de confier simplement à un architecte une mission partielle de maîtrise d'œuvre « portant sur le permis de démolir, le permis de construire et le dossier d'accessibilité ».

Réponse : Selon les dispositions de l'article 7 de la loi MOP (loi n° 85-704 du 12 juillet 1985) « *pour les ouvrages de bâtiment, la mission de base confiée à un architecte ou à une équipe de maîtrise d'oeuvre fait l'objet d'un contrat unique* ».

Le contenu de cette mission de base est défini par l'article 15 du décret 93-1268 du 29 Novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'oeuvre confiées par des maîtres d'ouvrage public à des prestataires de droit privé.

Cette mission comprend obligatoirement, les études d'esquisse, d'avant-projet, de projet, l'assistance apportée au maître d'ouvrage pour la passation du ou des contrats de travaux, la direction de l'exécution du contrat de travaux et l'assistance apportée au maître d'ouvrage lors des opérations de réception et pendant la période de garantie de parfait achèvement. L'examen de la conformité aux projets des études d'exécution et leur visa lorsqu'elles sont confiées par un entrepreneur et les études d'exécution lorsqu'elles sont faites par le maître d'oeuvre, font également partie de la mission de base obligatoire.

Il est donc obligatoire de confier à l'équipe de maîtrise d'œuvre une mission comprenant tous les éléments définis ci-dessus, de l'esquisse à l'assistance aux opérations de réception.

En conséquence, en ne confiant à l'architecte qu'une mission partielle, le maître d'ouvrage méconnaît les dispositions de la loi MOP.

Question : Est-il possible d'utiliser le chiffre d'affaire de l'agence d'architecture ou de la société d'architecture comme critère de sélection des candidatures ?

Réponse :

- 1) Sur la légalité de l'exigence par le pouvoir adjudicateur de garanties financières des candidats

Un maître d'ouvrage public a lancé un avis d'appel public à la concurrence pour le projet de construction d'un centre de secours. L'avis d'appel public à la concurrence indique que « le chiffre d'affaires 2012 du mandataire ne pourra être inférieur à 600 000 EUR (HT) », Par ailleurs, le montant des travaux s'élève à 1 820 000 € HT.

Le classement des candidatures s'opère sur les garanties et capacités techniques et financières

des candidats. De plus cette vérification des l'aptitude des candidats par le pouvoir adjudicateur, est obligatoire (Conseil d'État, 26 mars 2008, no303779, communauté urbaine de Lyon-Courly). Les capacités financières ne peuvent revêtir qu'un caractère général, tendent à déterminer si les moyens financiers du candidats suffisent pour mener à bien le marché. Pour faciliter la preuve de la crédibilité du candidat, leur chiffre d'affaires peut leur être réclamé.

2) Sur les conditions de mise en oeuvre des niveaux minimaux de capacité financière

L'article 45 du code des marches publics dispose ne peut être exigé des candidats que des niveaux minimaux de capacité liés et proportionnés à l'objet de marché.

Le chiffre d'affaires minimal, lorsqu'il est exigé des candidats, doit être en rapport avec les caractéristiques du marché, donc avec les capacités nécessaires à la bonne exécution du marché concerné. Cette capacité ne doit pas faire l'objet d'exigences excessives au regard des besoins réels de l'acheteur, tant pour des raisons de rationalité économique que pour ne pas restreindre le champ de la concurrence.

De plus, selon l'article 52 du code des marches publics les candidatures sont examinées au regard des niveaux de capacités financières. Cet examen de capacité doit se faire en fonction des justificatifs exigés des candidats dans l'avis d'appel à la concurrence, sans pour autant être discriminatoire.

Les conditions de mise en place d'exigences financières pour les candidats doivent donc être liés et proportionnés à l'objet du marché, et non discriminatoire

Question : Est-il possible de conclure un marché public de maîtrise d'œuvre à prix définitif et non révisable ?

Réponse : Un cabinet d'architecture a signé avec un maître d'ouvrage public un contrat de maîtrise d'œuvre, sans révision de prix des prestations. Le pouvoir adjudicateur refuse de passer ce marché à prix provisoire, en arguant de l'article 18-V du Code des Marchés Publics qui dispose que « *les marchés d'une durée d'exécution supérieure à 3 mois qui nécessitent, pour leur réalisation, le recours à une part importante de fournitures notamment de matières premières dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux, comportent une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours (...)* ».

Cependant, cet article 18 précise également au premier alinéa que « sous réserve des dispositions de l'article 19, un marché est conclu à prix définitif ». Or, l'article 19-III du code des marchés publics précise qu'il est possible de conclure des marchés à prix provisoire « pour la réalisation des ouvrages mentionnés à l'article 1^{er} de la loi du 12 juillet 1985 susmentionnée, les marchés de maîtrise d'œuvre sont passés à prix provisoire conformément au décret n°93-1268 du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrages publics à des prestataires de droit privé ».

La loi MOP s'applique à la réalisation de tous ouvrages de bâtiments ou d'infrastructure, ainsi qu'aux équipements industriels destinés à leur exploitation, qu'il s'agisse de constructions neuves ou de réutilisation d'un ouvrage existant.

Par ailleurs, l'article 29 du décret n°93-1268 du 29 novembre 1993 considère le marché de maîtrise d'œuvre passé à prix provisoire. En effet, il dispose que le marché de maîtrise d'œuvre doit prévoir les conditions d'ajustement du montant forfaitaire de la rémunération qui tiendra compte du coût prévisionnel des travaux « *basé soit sur l'estimation prévisionnelle provisoire des travaux établie par le maître d'œuvre lors des études d'avant-projet sommaire, soit sur l'estimation prévisionnelle définitive des travaux établie lors des études d'avant-projet définitif* ».

De surcroît, une décision du Tribunal Administratif de Paris en date du 6 janvier 2012 précise que les marchés de maîtrise d'œuvre soumis à la loi MOP sont reconnus comme étant à prix provisoire jusqu'à la fixation du forfait définitif de rémunération sur le fondement de l'enveloppe prévisionnelle définitive arrêtée après les études d'avant-projet.

Question : L'appréciation du caractère disproportionné des pénalités de retard ?

Réponse : Une mairie avait lancé un marché de maîtrise d'œuvre en procédure adaptée.

Le montant des travaux envisagé pour la tranche ferme était de 406.000€ HT et pour la tranche conditionnelle, 400.000€ HT.

L'article 4-3 du Cahier des Clauses particulières « délais et pénalités pour la phase études », prévoyait des pénalités de retard variant de 1.000 € HT à 1.500 € HT par jour de retard.

La question était donc de savoir si ces pénalités de retard présentaient un caractère exorbitant, eu égard à l'objet du marché et au montant des travaux projetée.

Le non respect des délais d'exécution, sur lesquels s'est contractuellement engagé le titulaire du marché, peut entraîner la mise en œuvre de pénalités de retard. Ces pénalités prennent la forme de sanctions pécuniaires forfaitaires, qui se substituent aux dommages et intérêts. Elles sont dues par une des parties lorsqu'une obligation contractuelle n'est pas respectée.

Ces pénalités sont de nature purement contractuelle. Pour être appliquées, elles doivent être prévues dans le contrat.

La vérification du caractère disproportionné des pénalités de retard relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

En ce qui concerne les marchés publics et selon une jurisprudence constante, le juge administratif

considérerait qu'il n'était pas autorisé à moduler le montant des pénalités de retard sur le fondement de l'article 1152 du Code Civil qui n'est pas applicable aux marchés publics.

Néanmoins, le Conseil d'Etat, dans un arrêt en date du 29 décembre 2008 OPHLM de Puteaux C/ SARL SERBOIS, a admis qu'il était possible pour le juge administratif de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché.

Question : En cas d'arrêt d'une mission de maîtrise d'œuvre, le maître d'ouvrage doit-il confier de nouveau une mission de base à une équipe de maîtrise d'œuvre ou peut-il confier une mission partielle ?

Réponse : S'il s'agit d'un ouvrage de bâtiment, la loi MOP du 12 juillet 1985 impose au maître d'ouvrage de confier une mission de base, **par contrat unique**, à un même titulaire.

Une seule exception à ce principe est prévue par la loi MOP : en cas de défaillance du maître d'œuvre et de résiliation de son contrat, le maître d'ouvrage peut confier une mission partielle à un autre maître d'œuvre afin de poursuivre l'opération. Dans ce cas, l'ensemble des éléments de mission, ceux effectués par le titulaire du premier contrat et ceux confiés au nouveau maître d'œuvre, doit respecter le contenu de la mission de base.

Attention, dans ce cas, l'architecte reprenant la suite de la mission devra non seulement en informer son confrère et son conseil régional de l'Ordre mais également veiller à ne pas modifier substantiellement le projet afin de respecter le droit moral dont dispose tout architecte sur ses œuvres.

Si la résiliation du marché intervient pour un motif autre que la défaillance du maître d'œuvre (par exemple pour motif d'intérêt général) le maître d'ouvrage doit alors obligatoirement confier à un nouveau maître d'œuvre une mission de base, dans le respect des dispositions du code des marchés publics (après publicité et mise en concurrence)

Question : La mission de contrôleur technique peut-elle être confiée, par contrat unique, à l'équipe titulaire du marché de maîtrise d'œuvre ?

Réponse : Non, car la fonction du contrôleur technique est de donner des avis au maître d'ouvrage sur les problèmes techniques en vérifiant les documents de conception et d'exécution, en contrôlant la réalisation sur le chantier, en procédant à des vérifications avant la réception et en intervenant à la demande du maître d'ouvrage pendant la garantie de parfait achèvement. Cela implique que la

mission n'ait pas d'incidence sur celle des autres intervenants et que le contrôleur technique n'ait jamais le pouvoir de leur donner des ordres.

De plus, selon l'article R. 111-25 du CCH, l'activité de contrôleur technique est incompatible avec toute activité de conception, d'exécution ou d'expertise d'un ouvrage.

Enfin, l'article R. 111-31 du CCH précise que « Les personnes et organismes agréés, les administrateurs ou gérants et le personnel de direction de ces organismes, ainsi que le personnel auquel il est fait appel pour ces contrôles, doivent agir avec impartialité et n'avoir aucun lien de nature à porter atteinte à leur indépendance avec les personnes, organismes, sociétés ou entreprises qui exercent une activité de conception, d'exécution ou d'expertise dans le domaine de la construction ».

La mission de contrôle technique doit donc être confiée à un prestataire indépendant, n'ayant aucun lien avec la maîtrise d'œuvre, et donc par le biais d'un contrat spécifique.

2/ SUR LES MARCHES PRIVES

Question : Quels sont les risques encourus par un architecte qui dépose un PC modificatif pour un maître d'ouvrage, qui a effectué lui-même le suivi de chantier et procédé à des modifications de plans ?

Réponse : Un maître d'ouvrage, lors de la mise en œuvre des travaux a opéré des modifications par rapport au permis de construire initial. Il demande aujourd'hui à l'architecte qui avait déposé le premier permis mais qui n'avait pas suivi les travaux, de déposer un permis modificatif régularisant la situation.

Sur le principe, rien n'interdit à l'architecte de déposer un permis de construire modificatif pour le compte de ses clients mais rien ne l'y oblige non plus.

Un permis de régularisation peut être légalement accordé pour des travaux déjà commencés, ou même achevés, à la condition qu'il soit conforme aux dispositions en vigueur à la date à laquelle il est délivré et qu'ils soient conformes à la réalité. L'architecte qui interviendra pour établir ce permis modificatif sera dans l'obligation de vérifier que les travaux réalisés sont conformes aux dispositions en vigueur. En conséquence, sa responsabilité pourra être engagée en cas de désordres éventuels sur ce projet.

En ce qui concerne la question de la responsabilité de l'architecte, celle-ci pourra être mise en cause au titre de sa responsabilité civile professionnelle dans le cadre du suivi de chantier et également en cas de désordres notamment de nature décennale puisque, en tant qu'architecte il est réputé « constructeur » de l'ouvrage. (art. 1792 et 1792-1 du Code civil).

Question : L'application de la RT 2012 aux extensions de maisons individuelles

Réponse : Selon l'article 52 de l'arrêté du 26 octobre 2010, la RT 2012 « s'applique aux surélévations ou aux additions de bâtiments existants. » Par défaut, la RT 2012, s'applique donc à toute nouvelle construction. Cependant, le texte précise que « si la surélévation ou l'addition à une SHON RT inférieure à 150 m² et à 30% de la SHON RT des locaux existant, elle est uniquement soumise aux exigences de l'article R 131-28 du code de la construction et de l'habitation » c'est-à-dire à la RT existant élément par élément.

SHON RT surélévation ou addition de bâtiments existants	< 150 m ²	> 150 m ²
< 30 % de la SHON RT des locaux existants	RT existant élément par élément	RT 2012
> 30 % de la SHON RT des locaux existants	RT 2012	RT 2012

Le I – de l'article R.111-20 et l'article R.111-20-1 du code de la construction disposent également que la RT 2012 s'appliquent aux « parties nouvelles » des bâtiments d'habitation.

Le modèle d'attestation RT 2012 d'achèvement des travaux proposé par l'arrêté du 11 octobre 2011 confirme que les extensions de moins de 30% et 150 m² de SHONRT n'obéissent qu'à un respect partiel des prescriptions de la RT 2012.

Les exigences requises sont les suivantes :

- coefficient Bbio inférieur ou égal au Bbiomax
- isolation des parois opaques donnant sur l'extérieur ou sur un local non chauffé
- présence de protections solaires

Question : Quelles sont les incidences de la mise en redressement judiciaire d'un membre d'un groupement de maîtrise d'œuvre ?

Réponse :

1/ Mise en redressement judiciaire d'un membre du groupement

Dès que le mandataire a connaissance de la mise en redressement judiciaire d'un membre du groupement, il en informe le maître d'ouvrage en lui demandant de mettre en demeure la personne qui représente le débiteur et qui dispose du droit d'exiger l'exécution des contrats en cours (administrateur ou liquidateur judiciaire), afin qu'elle fasse connaître ses intentions. Il adresse à cette personne, par lettre recommandée avec accusé de réception, les copies du marché de maîtrise d'œuvre, de la convention de groupement de maîtrise d'œuvre et de son courrier au maître d'ouvrage.

Si le représentant du débiteur décide de ne pas poursuivre l'exécution de la mission de maîtrise d'œuvre ou en cas de silence dans le délai légal d'un mois, la défaillance du membre du groupement en redressement judiciaire est constituée.

En cas de défaillance constatée, le mandataire demande au maître d'ouvrage d'exclure du marché de maîtrise d'œuvre le membre défaillant. Celui-ci reçoit copie de cette demande. L'exclusion du membre défaillant du marché de maîtrise d'œuvre entraîne de plein droit son exclusion du groupement.

Après concertation, avec l'ensemble des membres du groupement, le mandataire propose au maître d'ouvrage les mesures appropriées telles que la prise en charge des prestations par un membre du groupement, le recours à la sous-traitance ou lorsqu'elle est possible (au regard notamment du code des marchés publics), la désignation d'un nouveau cotraitant.

Si le groupement comporte deux architectes, l'architecte qui n'est pas défaillant pourra établir le projet architectural si le projet est en phase permis.

Par ailleurs, l'article 17 du décret n°93-1268 du 29 novembre 1993 dispose qu' « en cas de défaillance de la maîtrise d'œuvre en cours d'exécution du marché, le maître d'ouvrage peut confier à un autre prestataire privé la poursuite de l'opération et n'est pas tenu de lui confier l'intégralité de la mission de base mais les seuls éléments de mission restants ».

Un état des prestations exécutées par le membre défaillant est établi contradictoirement par le mandataire.

Une nouvelle répartition des honoraires devra intervenir entre les membres du groupement.

2/ Mise en redressement judiciaire du mandataire du groupement

En cas de mise en redressement judiciaire du mandataire, la procédure décrite ci-dessus est applicable de la même manière. Elle est cependant mise en œuvre par le membre du groupement dont la part de marché de maîtrise d'œuvre est la plus importante.

3/ La conversion du redressement judiciaire en liquidation judiciaire

En cas de liquidation judiciaire d'un membre, la défaillance est constituée sauf si le jugement déclarant la liquidation autorise le maintien de l'activité. Dans ce cas, le mandataire procède comme lorsqu'il a connaissance de la mise en redressement judiciaire d'un membre du groupement.

Question : Quelles sont les conséquences de la mise en liquidation judiciaire d'une entreprise en cours de chantier ?

Réponse : La mise en liquidation judiciaire d'une entreprise a pour effet d'interrompre l'exercice de ses activités. Celle-ci n'est donc plus en mesure de remplir les obligations contractuelles qui découlent d'un marché public dont elle est titulaire. Si le liquidateur confirme que l'entreprise n'est plus en mesure d'exécuter les prestations du marché ou en l'absence de réponse au bout d'un mois, le maître d'ouvrage est fondé à prononcer la résiliation de plein droit du marché sans indemnisation du titulaire.

Les procédures collectives n'empêchent pas le remboursement de la retenue de garantie dont l'objet est de couvrir les réserves à la réception des travaux ou pendant le délai de garantie.

Si le liquidateur n'a pas encore procédé à la répartition des sommes issues de la procédure entre les différents créanciers, il va demander au donneur d'ordre de lui restituer le montant de ces retenues de garantie.

Si une clôture pour insuffisance d'actifs a été prononcée, le liquidateur pourra en informer le maître d'ouvrage et lui indiquer qu'il ne peut plus reprendre ces sommes ; dans cette hypothèse, elles reviendront au bénéfice de la collectivité, en recettes exceptionnelles, après extinction du délai de prescription.

L'ouverture d'une procédure collective est sans incidence sur l'application des règles qui régissent l'établissement du décompte général définitif. Il convient dès lors d'arrêter un solde selon les principes fixés par la jurisprudence administrative : « il y'a lieu de fixer le solde du décompte en faisant état de tous les éléments actifs et passifs résultant d'obligations ayant une existence certaine à la date de la résiliation du marché (...) ».

L'ancien cocontractant a droit au paiement des prestations qu'il a réalisées antérieurement à la résiliation.

Pourront être déduites du décompte les avances versées par le maître d'ouvrage ainsi que les pénalités de retard, sous réserve toutefois de l'expiration du délai global d'exécution du marché avant la résiliation.

Question : Quel est le rôle de l'architecte, lors de l'année de parfait achèvement ?

Réponse : Postérieurement à la période de parfait achèvement, un maître d'ouvrage privé subit un sinistre et demande à un architecte de prescrire une solution réparatoire et de faire procéder aux réparations par les entreprises concernées, alors même qu'aucune déclaration de sinistre n'a été réalisée.

S'agissant des désordres qui apparaissent durant l'année de parfait achèvement, c'est au maître de l'ouvrage qu'il appartient de mettre en demeure, par écrit, l'entrepreneur d'effectuer les travaux nécessaires au parfait achèvement de l'immeuble.

Postérieurement à l'année de parfait achèvement, le maître d'ouvrage doit faire une déclaration auprès de son assurance dommage ouvrage afin qu'elle procède à une expertise afin de déterminer les responsabilités des intervenants sur le chantier. Dans un second temps, les entreprises concernées seront appelées à intervenir et à prendre contact avec leur assurance professionnelle.

A défaut d'assurance dommage ouvrage, le maître d'ouvrage devra soit solliciter une expertises à ses frais ou consulter directement les entreprises présumées responsables afin qu'elles déclarent le sinistre à leurs assurance.

L'architecte n'a en aucun cas l'obligation de faire des préconisations au maître d'ouvrage et de suivre les travaux des entreprises. Il s'agit d'une mission complémentaire qui doit faire l'objet d'une convention et paiement d'honoraires.

Question : Est-il possible de renégocier le montant des honoraires par le biais d'un avenant suite notamment à l'allongement du délai de réalisation des ouvrages en raison d'aléas de chantier non imputables à la maîtrise d'œuvre et de la défaillance d'entreprises ?

Réponse : Afin de savoir si cette demande d'augmentation d'honoraires en raison d'aléas non imputables au maître d'œuvre est légitime, il faut dans un premier temps se référer aux différents marchés de maîtrise d'œuvre qui peuvent prévoir en amont la résolution de ces situations.

En effet, le contrat peut prévoir que toute augmentation de la mission, toute remise en cause du programme ou du calendrier de réalisation, toute modification des documents approuvés, toute modification du mode de dévolution des marchés de travaux, demandée par le maître d'ouvrage ou imposée par un tiers, entraînée par un changement de réglementation ou rendue nécessaire par des aléas administratifs, juridiques, techniques ou commerciaux imprévisibles, toute prestation supplémentaire consécutive à la défaillance d'une entreprise, donne lieu à l'établissement d'un avenant et emporte une augmentation des honoraires à proportion des études ou autres prestations supplémentaires indispensables à sa satisfaction.

Il est également possible de prévoir que le dépassement de la durée de l'exécution des travaux du fait de l'entrepreneur donne lieu au versement d'honoraires supplémentaires pour permettre à l'architecte de prolonger son temps de présence sur le chantier.

Si cette possibilité n'est pas prévue contractuellement, le calcul du montant de ces honoraires sera le fruit d'une négociation entre l'architecte et le maître d'ouvrage.

3/ SUR L'EXERCICE DE LA PROFESSION

Question : Est-il possible de scinder la mission de maîtrise d'œuvre confiée à un agent public exerçant des missions de maîtrise d'œuvre à titre principal par la collectivité territoriale pour laquelle il travaille ?

Réponse : L'obligation légale de recourir à un architecte peut être satisfaite par les services techniques de la collectivité locale dans le cas où il est dirigé par un architecte ou lorsqu'il comprend parmi ses membres un architecte auquel peut être confiée la responsabilité de la conception du projet architectural dont la collectivité est maître d'ouvrage.

Cependant, l'intervention de l'architecte doit se faire dans le respect des dispositions de la loi MOP qui impose notamment de confier, au même prestataire, une mission de base, par contrat unique : la collectivité doit donc être en mesure de confier la mission de base à ses services techniques (personnel interne) et doit donc disposer de toutes les compétences en interne.

Au regard de l'article 7 de la loi n°85-704 du 12 juillet 1985 MOP qui dispose que "pour les ouvrages de bâtiment, une mission de base fait l'objet d'un contrat unique", le maître d'ouvrage ne peut pas faire appel à un prestataire extérieur pour une partie de la mission de base.

Question : Est-il possible de cumuler une activité d'architecte avec une activité de vente d'immeubles ?

Réponse : Un architecte peut détenir des parts dans une société de vente d'immeubles. Même si la loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture définit strictement les conditions d'exercice de la profession, ne permettant à l'architecte d'exercer sa profession que dans un cadre limitativement énuméré par l'article 14, elle ne n'empêche pas néanmoins d'avoir des liens d'intérêts professionnels ou d'exercer d'autres activités en dehors de son entreprise d'architecture. L'article 18 de la loi sur l'architecture prévoit expressément la possibilité pour un architecte d'avoir des liens d'intérêt professionnel avec des personnes physique ou morales exerçant une activité dont l'objet est de tirer profit directement ou indirectement de la construction.

Le Code des devoirs professionnels impose néanmoins certaines conditions :

L'article 8 du code des devoirs professionnels dispose : « *Lorsqu'un architecte est amené à pratiquer plusieurs activités de nature différente, celles-ci doivent être parfaitement distinctes, indépendantes et de notoriété publique. Toute confusion d'activités, de fonctions, de responsabilités dont l'ambiguïté pourrait entraîner méprise ou tromperie ou procurer à l'architecte des avantages matériels à l'insu de son client ou de son employeur sont interdites.* » Donc, si l'architecte exerce la profession à titre libéral, il n'aura pas d'autre choix que de créer une société pour pouvoir exercer en parallèle une autre activité. Si l'architecte exerce la profession en tant qu'associé d'une société d'architecture, il pourra exercer une activité parallèle soit à titre libéral soit dans le cadre d'une autre société. L'architecte devra également à minima veiller à utiliser des lignes téléphoniques distinctes.

L'architecte devra garder en mémoire le code des devoirs professionnels et notamment les dispositions de l'article 9 « L'architecte doit éviter les situations où il est juge et partie » et de l'article 13 « L'architecte doit éviter toute situation où les intérêts privés en présence sont tels qu'il pourrait être porté à préférer certains d'entre eux à ceux de son client ou employeur ou que son jugement et sa loyauté envers celui-ci peuvent être altérés ». Ainsi, pour respecter les le code des devoirs professionnels et qu'il n'y ait donc pas de confusion possible, l'architecte d'une opération qui fait intervenir la société dans laquelle il est associé sur cette même opération ne devra détenir qu'une faible part du capital social de la société de vente d'immeubles (il devra être associé minoritaire) et à ne pas exercer de fonction de direction (donc de ne pas en être le gérant).

Toute activité parallèle, dès lors qu'elle a un rapport direct ou indirect avec le domaine de la construction doit être déclarée au Conseil régional de l'Ordre des architectes, en application de l'article 18 de la loi sur l'architecture.

Conformément aux dispositions des articles 15 et 30 du code des devoirs professionnels, cette déclaration doit être formulée auprès du Conseil régional dont relève l'architecte et sur l'initiative de celui-ci. Le délai imparti à l'architecte est d'un mois à compter, soit de la naissance des liens d'intérêt ou de toute modification les concernant, soit de son inscription au tableau (art. 30 du code des devoirs).

La déclaration formulée auprès du Conseil régional doit ensuite être communiquée par l'architecte à tous ses clients, préalablement à la signature du contrat (art. 15 du code des devoirs).

Question : Quelles sont les obligations déontologiques d'un architecte qui succède à un confrère sur un même contrat ?

Réponse : L'article 22 du décret n° 80-217 du 20 mars 1980 portant code des devoirs professionnel des architectes dispose que « *L'architecte appelé à remplacer un confrère dans l'exécution d'un contrat ne doit accepter la mission qu'après en avoir informé celui-ci, s'être assuré qu'il n'agit pas dans les conditions contraires à la confraternité et être intervenu auprès du maître d'ouvrage pour le paiement des honoraires dus à son prédécesseur. Il doit informer le Conseil Régional de l'Ordre dont il relève.*

Si un architecte est appelé à succéder à un confrère décédé, il doit sauvegarder les intérêts des ayants droit pour les opérations déjà engagées et qu'il est amené à poursuivre ».

Avant d'accepter la mission, l'architecte successeur doit donc informer par écrit l'architecte initial de la poursuite de sa mission. Il s'agit d'une information et non d'une demande d'autorisation de prendre la suite. Il doit également être intervenu par écrit auprès du maître d'ouvrage pour le paiement des honoraires dus à son prédécesseur et lui rappeler que l'architecte dispose d'un droit moral sur son œuvre. Il s'agit juste d'une intervention rappelant au maître d'ouvrage ses obligations et le successeur n'a donc pas à attendre que son prédécesseur soit effectivement réglé de ses honoraires. Enfin, il doit informer par écrit le conseil de l'ordre des architectes.

L'architecte prédécesseur ne peut s'opposer à l'intervention ultérieure d'un confrère. Cependant, il peut, au titre de son droit de propriété intellectuelle, s'opposer à toute modification substantielle ou à la dénaturation de son œuvre.

4/ SUR LE PERMIS DE CONSTRUIRE

Question : Quelles sont les modalités d'application de la RT2012 pour un bâtiment dont le permis de construire aurait été déposé avant le 1^{er} janvier 2013 mais pour lequel un permis de construire modificatif aurait été déposé après le 1^{er} janvier 2013 ?

Réponse : Lorsque la modification conduit à revoir le calcul réglementaire il y'a lieu de respecter les dispositions de la RT2012. C'est notamment le cas pour les modifications des surfaces déperditives telles que les baies vitrées.

Si les modifications ne concernent que l'aspect des bâtiments, la RT2005 s'applique. En revanche, un changement d'affectation des locaux ou l'augmentation de la surface du bâtiment conduisent à déposer une nouvelle demande de permis de construire. Dans ce cas, la réglementation à appliquer est celle qui correspond à la date du nouveau dépôt.

Ainsi, un bâtiment initialement RT2005 ou même BBC-RT2005 qui nécessiterait un permis modificatif dont au moins l'une des modifications impose de reprendre le calcul réglementaire, alors toutes les exigences de la RT 2012 viendraient à s'appliquer, et notamment :

- surface vitrée minimum de 1/6 de la SHAB en logement,
- Utilisation d'énergie renouvelable en logement,
- respect du Bbio et du Cep,
- respect des exigences liées aux ponts thermiques,

Une petite modification en chantier sur la taille d'une fenêtre par exemple, pourrait conduire à revoir l'ensemble des choix concernant les isolants ou les systèmes énergétiques du projet avec potentiellement des coûts induits importants voire une impossibilité en l'état de livrer un bâtiment conforme. *(traitement des ponts thermiques sur des murs extérieurs déjà montés par exemple).*

(réponse du site officiel dédié à la réglementation thermique sous l'égide du ministère de l'égalité, des territoires et du logement)

Question : Quelles sont les voies de recours ouvertes au demandeur d'un permis de construire en cas de refus par la mairie ?

Réponse : Tout d'abord, l'autorité compétente pour statuer sur la demande est tenue de motiver sa décision, c'est à dire d'indiquer les dispositions légales sur lesquelles elle se fonde et les éléments de

faits qui la déterminent. En l'espèce, il est donc prudent d'attendre l'arrêté de refus de permis de construire afin de vérifier si ce refus est suffisamment justifié en droit et en fait.

Ensuite, si le maître d'ouvrage estime que le refus de permis est arbitraire, il lui est possible d'introduire un recours contre la décision.

En cas de refus de permis de construire, l'intéressé peut, dans le délai de recours contentieux, demander à l'autorité compétente de revenir sur sa décision. Ce recours gracieux proroge le délai de recours contentieux. Ce recours est normalement écrit. Cependant, il n'est pas exclu qu'une réclamation orale puisse proroger le délai de recours, si sa réalité est parfaitement établie.

Un recours pour excès de pouvoir peut également être initié par le demandeur devant le tribunal administratif du lieu de situation de l'immeuble dans les deux mois de la notification de l'acte attaqué.

S'agissant d'un recours contre un refus de permis de construire, le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle complet sur les appréciations que l'administration a portées sur la situation d'espèce, au regard des dispositions applicables.

L'annulation d'un refus de permis oblige l'autorité compétente à se prononcer à nouveau sur la demande de permis, sans bien entendu, pouvoir opposer, pour rejeter la nouvelle demande, le motif qui a été censuré par la juridiction administrative.

Question : Est-il possible de contester les positions architecturales et esthétiques d'une mairie qui refuse systématiquement certains permis de construire ?

Réponse : Certains articles du PLU ou du code de l'urbanisme laissent à la liberté d'appréciation des services instructeurs le caractère esthétique ou inesthétique du projet.

Concernant le choix des couleurs notamment, l'article R.111-21 du code de l'urbanisme laisse à la liberté d'appréciation des services instructeurs le caractère attentatoire du choix des couleurs.

La seule possibilité de contester une position « abusive » des services instructeurs est pour le maître d'ouvrage d'introduire un recours en annulation du permis de construire.

Tout d'abord, en cas de refus de permis de construire, l'intéressé peut, dans le délai de recours contentieux (2 mois), demander à l'autorité compétente de revenir sur sa décision.

Il est également toujours possible d'introduire un recours pour excès de pouvoir dans les deux mois de la notification de l'acte attaqué, sachant que le recours gracieux proroge le délai de recours contentieux.

S'agissant d'un recours contre un refus de permis de construire, le juge de l'excès de pouvoir exerce un contrôle complet sur les appréciations que l'administration a portées sur la situation d'espèce, au

regard des dispositions applicables. En d'autres termes, si l'appréciation du juge diffère de celle de l'administration, le refus sera annulé.

5/ SUR LA PROPRIETE INTELLECTUELLE

Question : Dans quelle cadre est-il possible de faire valoir ses droits patrimoniaux ?

Réponse : Le droit de propriété de l'architecte sur ses œuvres trouve son fondement dans les articles L 111-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle. Sont ainsi protégés du seul fait de leur création : les plans, croquis, maquettes et ouvrages conçus par l'architecte, qu'ils aient fait ou non l'objet d'un contrat de maîtrise d'œuvre.

L'architecture est visée par le Code de la propriété intellectuelle qui énonce d'une manière non exhaustive les œuvres de l'esprit protégées quel qu'en soit le genre. Cette protection est quasi automatique et prend effet du seul fait de la création de l'œuvre, sans qu'il soit obligatoire de procéder à un dépôt quelconque.

Encore faut-il que l'œuvre architecturale soit originale.

En effet, s'il est l'auteur d'une œuvre de l'esprit originale, l'architecte jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Il en résulte qu'il peut notamment s'opposer à la modification ou à la dénaturation de son œuvre.

Cependant, les œuvres architecturales sans caractère particulier ou original, qui sont la reproduction banale des types d'édifices largement répandus à travers le territoire, ne sont pas protégées par la loi. La question de savoir si une œuvre architecturale est ou non originale est une question de fait qui relève du pouvoir d'appréciation des juges.

L'article L.123-1 du Code de la propriété intellectuelle indique que **l'architecte auteur dispose « du droit exclusif d'exploiter son œuvre sous quelque forme que ce soit et d'en tirer un profit pécuniaire ».**

Le bâtiment dont l'architecte est l'auteur ne peut être reproduit ni par un dessin, ni par une photo, sans l'autorisation expresse de l'architecte auteur.

Néanmoins, ce droit exclusif qu'il peut céder en tout ou partie, d'une manière très formaliste, à titre gracieux ou non, est limité dans sa portée par certaines règles et notamment en ce qui concerne le rapport des œuvres d'architecture aux espaces publics.

Lorsque l'œuvre d'architecture se fonde dans l'espace public dont elle est l'un des éléments, elle fait alors partie du domaine public et le droit d'auteur n'a plus de raison d'être. Si l'objectif du photographe a pour champ de reproduction l'espace de la rue ou l'espace public dans lequel s'insère l'œuvre d'architecture, les droits d'auteur ne sont pas applicables. Cela est différent si l'objectif du photographe a pour champ de reproduction l'œuvre d'architecture.

C'est ainsi que la Cour d'Appel de Paris à propos de la reproduction de la tour Montparnasse a rejeté la demande des quatre architectes concepteurs de la tour qui souhaitaient voir condamner un éditeur de cartes postales. La Cour d'Appel a considéré que « s'agissant d'un ensemble architectural qui constitue le cadre de vie de nombreux habitants d'un quartier de Paris, et ayant été construite pour être habitée et mise à la disposition de tiers, le droit à la protection cesse lorsque l'œuvre en question est reproduite non pas en tant qu'œuvre d'art mais par nécessité, au cours d'une prise de vue dans un lieu public. Or, sur la carte postale, la tour Montparnasse n'a pas été photographié isolément mais dans son cadre naturel qui ne fait l'objet d'aucune protection ».

Ainsi, l'œuvre d'architecturale est protégée par le droit d'auteur dès lors qu'elle est l'objet de reproduction et non l'espace public lui-même.

ACTUALITES JURISPRUDENTIELLES ET LEGISLATIVES 2013

1/ EN MATIERE DE MARCHES PUBLICS

CE 15 février 2013 : Le contenu nécessaire et suffisant de la lettre de rejet

Dans une lettre de rejet, un pouvoir adjudicateur ne peut se contenter de rappeler le délai minimum qu'impose l'article 80 du Code des marchés publics avant de pouvoir signer le marché. En revanche, la durée qu'il choisit peut être identique à ce délai. C'est ce que précise le Conseil d'Etat dans un récent arrêt.

Tout est dans la formulation de la lettre de rejet d'une offre. Le simple rappel du délai prévu par l'article 80 du Code des marchés publics (1) pour indiquer au candidat évincé la durée choisie entre la notification du rejet de l'offre et la signature du marché ne suffit pas. Le pouvoir adjudicateur doit annoncer clairement les choses. Mais cette durée peut très bien être « identique à celle du délai minimum prévu par le législateur », éclaire le Conseil d'Etat dans un arrêt du 15 février 2013. Dans l'affaire tranchée en l'espèce, la lettre envoyée au candidat évincé était juridiquement conforme en indiquant que le contrat serait conclu « dans le délai de seize jours à compter de la notification de rejet ».

Le courrier précisait aussi le classement de l'offre rejetée, les notes qui lui avait été attribuées, le nom de l'entreprise retenue et les notes obtenues par cette dernière. La Haute juridiction a estimé que le

pouvait adjudicateur avait ainsi justifié de manière suffisante le rejet de l'offre de la société requérante ; nul besoin de détailler davantage.

Pénalité financière

Ce qui n'était pas conforme en revanche, c'est la signature d'un des lots du marché pendant cette période de seize jours. Le pouvoir adjudicateur avait argué de problèmes informatiques dans l'envoi des lettres de rejet pour justifier cette faute. Argument rejeté. Les juges l'ont sanctionné en lui infligeant une pénalité de 10 000 euros comme les y autorise la procédure de référé contractuel engagée par le candidat évincé.

(1) L'article 80 du CMP dispose qu'en procédure formalisée, « un délai d'au moins seize jours est respecté entre la date d'envoi de la notification [prévue aux alinéas précédents] et la date de conclusion du marché. Ce délai est réduit à au moins onze jours en cas de transmission électronique de la notification à l'ensemble des candidats intéressés. »

Source : *Le moniteur*

L'estimation du coût du marché doit-elle obligatoirement figurer dans l'avis d'appel public à la concurrence ?

L'article 40 du code des marchés publics (CMP) précise les modalités de publicité préalable à une procédure de passation d'un marché ou d'un accord-cadre.

Cette disposition a été intégralement réécrite par le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011. Elle distingue désormais l'organisation de la publicité selon le montant estimé du besoin, dont l'évaluation incombe au pouvoir adjudicateur.

Pour les marchés dont le montant estimé est compris entre 90 000 € HT et les seuils de procédure formalisée définis à l'article 26 du CMP, les avis d'appel public à la concurrence sont établis selon le modèle fixé par l'arrêté du 27 août 2011 pris en application des articles 40 et 150 du CMP et fixant le modèle d'avis pour la passation des marchés publics et des accords-cadres. Ce modèle ne prévoit pas de rubrique particulière pour indiquer le montant du marché, estimé par l'acheteur public.

Aucune zone obligatoire ne contraint le pouvoir adjudicateur à préciser une telle information.

Au-dessus des seuils de procédure formalisée, les avis d'appel public à la concurrence sont établis conformément aux formulaires obligatoires établis par le règlement communautaire (CE) n° 842/2011 de la Commission du 19 août 2011 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics.

La rubrique II.2.1 du formulaire européen d'avis de marché, intitulée « Quantité ou étendue globale », permet à l'acheteur public d'indiquer, « le cas échéant », la valeur estimée hors TVA du marché ou une fourchette estimative de son montant estimatif.

Il n'existe donc aucune obligation de préciser, dans un avis de publicité européen, le montant du besoin estimé par le pouvoir adjudicateur. Dans le cadre d'un recours contre un appel d'offres ouvert,

le Conseil d'État a jugé « qu'aucune disposition du code des marchés publics ni aucune règle ne met à la charge de la personne responsable du marché une obligation de publicité quant au montant prévisionnel du marché qu'elle entend attribuer » (CE, 6 janvier 2006, Syndicat mixte de collecte, de traitement et de valorisation des déchets du Vendômois, n° 281113).

Source : Source : La Gazette des Communes

CE 29 mai 2013 : L'appréciation d'une offre anormalement basse ne dépend pas du seul prix des offres concurrentes

Pour vérifier le caractère anormalement bas d'une offre, le pouvoir adjudicateur doit rechercher si le prix en cause est sous-évalué et susceptible de compromettre la bonne exécution du marché, et ce, sans se baser sur l'écart de prix avec les offres des autres candidats. C'est ce que précise le Conseil d'Etat dans une récente décision.

Tâche délicate que d'apprécier si une offre est anormalement basse, pour les pouvoirs adjudicateurs, mais également pour le juge . Le Conseil d'Etat a ainsi annulé par une décision du 29 mai 2013 l'ordonnance d'un juge des référés qualifiant à tort une offre d'anormalement basse.

S'il n'existe pas de définition de la notion, ni dans le Code des marchés publics, ni dans les directives européennes, le Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics de la Direction des affaires juridiques de Bercy énonce qu'une offre peut être qualifiée d'anormalement basse, « si son prix ne correspond pas à une réalité économique ».

Lorsque le pouvoir adjudicateur estime qu'il est en présence d'une offre anormalement basse, il doit interroger le candidat sur la cohérence du prix qu'il propose et vérifier les justifications fournies. Conformément à l'article 55 du Code des marchés publics, ces explications peuvent être de plusieurs ordres : mode de fabrication des produits, originalité de l'offre, conditions exceptionnellement favorables dont dispose le candidat, etc.

Si ces justifications ne sont pas suffisantes pour démontrer le sérieux de l'offre, le pouvoir adjudicateur "peut la rejeter par décision motivée", selon l'article 55 du Code. Le Conseil d'Etat fait même du rejet une obligation, puisqu'il énonce dans cet arrêt que "le fait, pour un pouvoir adjudicateur, de retenir une offre anormalement basse porte atteinte à l'égalité entre les candidats à l'attribution d'un marché public [...] ; que si les précisions et justifications apportées ne sont pas suffisantes pour que le prix proposé ne soit pas regardé comme manifestement sous-évalué et de nature, ainsi, à compromettre la bonne exécution du marché, il appartient au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre. »

Le Conseil d'Etat considère que le juge des référés ne peut se borner à relever un écart de prix entre deux offres concurrentes, et aurait dû rechercher si « le prix en cause était en lui-même manifestement sous-évalué et ainsi susceptible de compromettre la bonne exécution du marché ». En se basant sur le seul écart de prix avec l'offre concurrente pour estimer que celle de l'attributaire était

anormalement basse, le juge des référés a commis une erreur de droit. Le Conseil d'Etat a donc annulé l'ordonnance du tribunal administratif de Versailles.

Si le Conseil d'Etat censure ici le fait de se baser sur le seul écart de prix entre les offres pour caractériser l'offre anormalement basse, cela ne remet pas en cause l'utilisation de ce critère au stade de la détection des offres susceptibles d'être anormalement basses. Comme l'indique la fiche de la Direction des affaires juridiques (DAJ) de Bercy consacrée à ce thème, l'acheteur public peut identifier les offres douteuses par « la prise en compte du prix de l'offre, l'utilisation d'une formule mathématique, la comparaison avec les autres offres, la comparaison avec l'estimation du pouvoir adjudicateur, et au vu des obligations qui s'imposent aux soumissionnaires ». Quelle que soit la méthode retenue, il devra ensuite demander des explications à l'auteur d'une offre à prix très bas pour contrôler son caractère anormal ou non.

Source : Le Moniteur

CE 27 février 2013 : Toute erreur dans le dossier de consultation ne fait pas tomber la procédure de passation !

Une erreur rédactionnelle, commise par l'acheteur public, dans les documents de la consultation, ne fausse pas nécessairement la concurrence. Elle est sans conséquence si les candidats peuvent, sans ambiguïté, comprendre la nature des pièces qui leur était demandées.

Le Conseil d'Etat précise, dans un arrêt du 27 février 2013, qu'une erreur d'intitulé de l'un des documents de la consultation n'implique pas l'annulation de la procédure de passation du marché si la lecture des autres pièces ne laisse pas subsister de confusion pour les candidats. En l'espèce, une personne publique avait lancé une procédure de concours restreint de maîtrise d'œuvre ayant pour objet l'extension et la restructuration d'une école maternelle. A l'issue de la sélection des candidats, trois entreprises ont été retenues. Le règlement du concours prévoyait que les concurrents restants complètent, à l'appui de leur offre, un certain nombre de documents dont un « carnet de bord développement durable ». Or aucun document ne portait cet intitulé.

Une des offres ne comportant pas ladite pièce a été déclarée irrégulière. L'entreprise ayant remis ce projet a saisi le juge des référés afin de faire annuler la procédure de passation du marché.

Les juges du Palais Royal estiment que, malgré l'erreur rédactionnelle commise par le pouvoir adjudicateur, il n'y avait pas d'ambiguïté quant au document devant être complété par les candidats. En effet, les concurrents avaient été « informés au cours de la procédure que le document à remettre (...) était le tableau de suivi des indicateurs de la charte de développement durable » et non le carnet de bord développement durable. De plus, le document intitulé « suivi des indicateurs projets », figurant dans le support papier et le CD-Rom remis aux candidats en vue d'être complétés, correspondait aux différentes rubriques du tableau précité.

La haute juridiction ajoute que « la production, au cours de l'instance, d'un document intitulé par le requérant " suivi des indicateurs projets " et constitué à partir d'éléments et informations extraits d'autres pièces de son offre, document qui au demeurant ne comporte pas l'ensemble des informations requises, ne saurait compenser cette carence dès lors qu'il appartenait à la société (...) de compléter et fournir, avant l'expiration du délai de remise des offres, le document " suivi des indicateurs projets " tel qu'il lui avait été adressé par le pouvoir adjudicateur ». Une offre incomplète ne peut être complétée devant le juge.

Concours : pas d'obligation de pondération des critères de sélection

Le Conseil d'Etat rappelle, dans ce même arrêt, que, s'agissant des concours, le pouvoir adjudicateur n'a pas à préciser la pondération des critères de jugement des candidatures et des offres. En effet, l'article 53-II du Code des marchés publics dispose que « pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours et lorsque plusieurs critères sont prévus, le pouvoir adjudicateur précise leur pondération ».

Ainsi, dans le cadre d'une procédure de concours restreint de maîtrise d'œuvre, l'acheteur public n'a pas manqué à ses obligations de publicité et de mise en concurrence en s'abstenant de pondérer lesdits critères.

Source : Le Moniteur

CAA Lyon, 27 juin 2013 Les honoraires du maître d'oeuvre ne gonflent pas toujours au même rythme que l'enveloppe des travaux

Un marché de maîtrise d'œuvre peut être conclu à prix forfaitaire et définitif, souligne une décision récente de la cour de Lyon. Les demandes de rémunération complémentaire ne peuvent aboutir qu'à des conditions bien précises.

La cour administrative d'appel de Lyon rappelle, dans un arrêt du 14 mars 2013, qu'un marché de maîtrise d'œuvre ne doit pas forcément prévoir un forfait de rémunération provisoire. La rémunération peut être définitivement fixée dans le contrat, si le coût prévisionnel des travaux est connu à cette date.

En l'espèce, une communauté de communes a confié à un groupement d'entreprises la maîtrise d'œuvre d'une opération d'aménagement et de viabilisation d'un parc industriel. L'exécution du marché a nécessité une augmentation du montant prévisionnel des travaux. Le groupement a saisi le tribunal administratif afin d'obtenir le versement du solde de 134 600 euros au titre notamment d'un complément de rémunération.

En appel, la cour de Lyon précise qu'il résulte des dispositions applicables (article 9 de la loi MOP du 12 juillet 1985, articles 29 et 30 du décret du 29 novembre 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé), qu'un marché

de maîtrise d'œuvre n'a pas à prévoir systématiquement « un forfait de rémunération provisoire, avant qu'un montant définitif ne soit fixé ».

Ainsi ces marchés peuvent être conclus à prix forfaitaire et de façon définitive. Dans cette affaire, les juges d'appel relèvent que le coût prévisionnel des travaux était connu puisque d'une part, « le marché en cause faisait suite à un précédent contrat, aux termes duquel les études d'avant-projet, ayant vocation à permettre d'identifier » ledit montant, « avaient été réalisées », et que d'autre part, le marché « ne confiait aux attributaires aucune mission en amont de la phase " études de projet" ». De plus, aucune pièce du contrat ne prévoyait, « en ce qui concerne la rémunération du maître d'œuvre, que le forfait » serait « réévalué en fonction de l'évolution du coût prévisionnel des travaux ». Les honoraires dus étaient donc bien ceux prévus dans le marché de maîtrise d'œuvre.

Augmentation du coût prévisionnel et rémunération complémentaire

Transposant les règles applicables aux travaux supplémentaires, la cour administrative d'appel de Lyon souligne par ailleurs que « le maître d'œuvre, ayant effectué des missions ou prestations non prévues au marché de maîtrise d'œuvre et qui n'ont pas été décidées par le maître d'ouvrage, a droit à être rémunéré de ces missions ou prestations, nonobstant le caractère forfaitaire du prix fixé par le marché », qu'à deux conditions alternatives :

- si « elles ont été indispensables à la réalisation de l'ouvrage selon les règles de l'art »,
- ou si « le maître d'œuvre a été confronté dans l'exécution du marché à des sujétions imprévues présentant un caractère exceptionnel et imprévisible, dont la cause est extérieure aux parties et qui ont pour effet de bouleverser l'économie du contrat ».

La demande de rémunération complémentaire du groupement requérant n'a pas eu plus de succès au titre des modifications du programme décidées par le maître d'ouvrage. La CAA énonce en effet que l'augmentation du coût prévisionnel du programme n'ouvre pas automatiquement droit à une rémunération complémentaire lorsque le marché de maîtrise d'œuvre a fixé des honoraires définitifs. Un tel complément n'est possible qu'à condition de démontrer « en quoi la modification du programme, qui a été décidée par le maître d'ouvrage, aurait eu sur la nature, l'étendue ou la complexité de la mission [du maître d'œuvre], un impact qui pourrait lui ouvrir droit à une indemnisation à ce titre ».

Source : Le Moniteur

CE 10 juillet 2013 Le maître d'ouvrage qui s'obstine à réceptionner un ouvrage dangereux est seul responsable

Tenu d'un devoir de conseil, le maître d'œuvre doit guider le maître d'ouvrage lors des opérations de réception. Toutefois cette obligation n'est pas sans limite. La responsabilité du maître d'œuvre est

écartée lorsque la réception sans réserve d'un ouvrage dont la défectuosité était connue est néanmoins prononcée...

Le Conseil d'Etat rappelle, dans un arrêt du 10 juillet 2013, que la responsabilité du maître d'œuvre au titre de son devoir de conseil est écartée si les dommages affectant l'ouvrage ne sont pas dus à un manquement de sa part.

En l'espèce, une communauté de communes a, pour la construction d'un centre aquatique et de loisirs, confié la maîtrise d'œuvre à un groupement. Des dysfonctionnements ayant rendu la « rivière à bouées » dangereuse et inutilisable en l'état, le maître d'ouvrage a tenté d'engager la responsabilité du groupement de maîtrise d'oeuvre afin d'obtenir des indemnités ; et cela en se fondant notamment sur le devoir de conseil du maître d'œuvre. Mais le Conseil d'Etat fait échec à cette demande.

La haute juridiction relève, dans un premier temps, que la personne publique avait, avant la réception de l'ouvrage, connaissance de l'existence de dysfonctionnements rendant son utilisation impossible. Cependant, cette circonstance « ne saurait exonérer le maître d'œuvre de son obligation de conseil lors des opérations de réception ».

Le Conseil d'Etat indique ensuite « qu'il appartient au juge d'apprécier si les manquements du maître d'œuvre à son devoir de conseil sont à l'origine des dommages dont se plaint le maître d'ouvrage ». Si tel n'est pas le cas, la responsabilité du maître d'œuvre ne peut pas être engagée. Or la communauté de communes a, en prononçant sans réserve la réception définitive des travaux malgré sa connaissance des désordres affectant l'ouvrage, commis « une imprudence particulièrement grave ». Cette dernière étant à l'origine des dommages, toute responsabilité du maître d'œuvre au titre d'un manquement à son obligation de conseil est écartée.

Source : Le Moniteur

De nouveaux seuils européens en marchés publics au 1er janvier 2014

A partir du 1^{er} janvier 2014, les seuils de déclenchement des procédures formalisées telles que l'appel d'offres vont être augmentés.

La Commission européenne est en passe d'adopter un règlement qui modifie les seuils communautaires à partir desquels une procédure et une publicité s'imposent dans la commande publique. A partir du 1er janvier 2014, les seuils des procédures formalisées vont être remontés, comme l'annonce la Direction des affaires juridiques de Bercy sur son site. Ces seuils sont mis à jour afin de respecter les engagements internationaux de l'Union pris en vertu de l'Accord plurilatéral sur les marchés publics de l'Organisation mondiale du commerce.

Sur la période allant du 1er janvier 2014 au 31 décembre 2015, les seuils mentionnés dans le Code des marchés publics seront les suivants:

- 5 186 000 euros HT pour les marchés de travaux (au lieu de 5 000 000 euros HT) ;
- 134 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services de l'Etat (au lieu de 130 000 euros HT actuellement) ;
- 207 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales (au lieu de 200 000 euros HT) ;
- 414 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services des opérateurs de réseaux (au lieu de 400 000 euros HT).

Ces montants déterminent les seuils de déclenchement des procédures formalisées, ainsi que les mesures de publicité à effectuer, en fonction du montant du marché.

La DAJ précise qu'un décret et un arrêté devraient modifier le Code des marchés publics d'ici à la fin de l'année pour intégrer en droit français ces nouveaux seuils, pour une entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2014.

Source : Le Moniteur

CE 4 juillet 2013 : Devoir de surveillance : la responsabilité de l'architecte a ses limites

Seule une faute caractérisée et d'une gravité suffisante permet d'engager la responsabilité quasi-délictuelle de l'architecte, au titre de sa mission de surveillance, à l'égard des autres constructeurs.

La cour administrative d'appel de Lyon rappelle, dans un arrêt du 4 juillet 2013, que l'architecte est tenu, dans le cadre d'une mission complète de maîtrise d'œuvre, de suivre et de surveiller l'exécution des travaux. En cas de désordres, sa responsabilité pourrait être engagée.

En l'espèce, une personne publique a, pour l'aménagement d'une salle communale, contracté avec un groupement solidaire de maîtrise d'œuvre et deux entreprises de bâtiment. Des désordres sont apparus au niveau du parquet, et cela avant réception des travaux.

La commune a saisi le juge administratif et demandé la condamnation solidaire des intervenants aux travaux afin d'être indemnisée « des préjudices résultant du coût de reprise des désordres (...) et de la perte de jouissance des locaux pendant les travaux de reprise ».

Les deux entreprises de bâtiment ont été condamnées par le tribunal administratif. L'une entre elles a fait appel, invoquant une faute de l'architecte dans sa mission de surveillance des travaux de nature à limiter sa propre part de responsabilité.

La cour lyonnaise indique que « dans l'exercice de sa mission de surveillance, l'architecte ne peut être responsable vis-à-vis de l'entrepreneur que s'il a commis une faute caractérisée et d'une gravité suffisante ». Une expertise avait établi que l'architecte n'avait « pas demandé un contrôle du dosage en ciment de la chape et ne s'était pas [aperçu] « des défauts [...] tenant à l'absence de désolidarisation entre la dalle sous-jacente au parquet et les surfaces verticales, et à la mauvaise position du treillis soudé ».

Les juges estiment cependant que « de telles fautes ne présentent pas, eu égard aux caractéristiques des ouvrages à réaliser, un caractère de gravité suffisant pour qu'elles engagent sa responsabilité ».

Ainsi, ces fautes ne sont pas susceptibles d'exonérer le requérant, « même partiellement, de sa responsabilité ».

2/ EXERCICE DE LA PROFESSION

CAA Lyon, 19 février 2013 : Permis de construire et modèle-type de construction : attention à la capacité de l'architecte signataire

Les modèles types de construction doivent être signés par un architecte, y compris lorsque le projet de construction n'est pas soumis, en soi, à l'intervention obligatoire d'un architecte. De surcroît, cet architecte doit respecter les conditions d'exercice de la profession en France. Est, dès lors illégal le permis de construire obtenu par un particulier édifiant pour son propre compte une construction d'une surface de plancher inférieure à 170 m² utilisant un modèle, lorsque l'architecte signataire n'est pas implanté sur le territoire national et n'a pas fait de déclarations d'exercice occasionnel auprès de l'ordre des architectes.

Source : Revue Construction – Urbanisme (avril 2013) Editions Lexis Nexis

Cassation Civ 3, 5 décembre 2012 : Responsabilité de l'architecte et étendue de son devoir de conseil

Doit être cassé l'arrêt d'une cour d'appel qui a condamné l'architecte à indemniser un promoteur du préjudice lié au retard de livraison et du surcoût d'un désamiantage au seul motif que les architectes qui n'ignoraient pas la présence d'amiante dans la construction ne s'en sont pas souciés.

Cet arrêt présente un intérêt en ce qui concerne la faute contractuelle de l'architecte au titre de son obligation de conseil. Elle pose les limites du devoir de conseil qui pèse sur lui.

Le manquement à l'obligation de conseil ne peut être retenu qu'à supposer qu'une faute de l'architecte dans le cadre de son obligation de conseil soit elle-même démontrée.

Or, le fait de ne pas se préoccuper d'une situation n'est pas suffisante pour caractériser une faute de ce dernier.

Par ailleurs, la faute de l'architecte dans le cadre de son obligation de conseil doit s'apprécier par rapport à celui qui était fondé à lui reprocher un manquement au titre de cette obligation, en l'occurrence la maître d'ouvrage.

A cet égard, il est intéressant d'observer qu'à l'appui de son pourvoi, l'architecte précisait que l'obligation d'information et de conseil n'est pas absolue et ne s'appliquait pas, en particulier, aux faits connus par l'autre partie au contrat.

En effet, cette obligation de conseil ne s'étend pas aux faits qui sont à la connaissance personnelle du maître d'ouvrage.

Il a ainsi été jugé qu'un maître d'ouvrage ne pouvait invoquer le manquement de l'architecte à son obligation de conseil au stade de la réception pour ne pas avoir porté au procès-verbal de réception une réserve sur la disparition de cent cinquante six orangers dont la conservation ou le remplacement étaient prévus au permis de construire au motif que l'obligation de conseil ne s'applique pas aux faits qui sont à la connaissance de tous (Cass. Civ 3, 14 janvier 2009).

Il a également été jugé qu'un maître d'ouvrage qui avait choisi délibérément de ne pas respecter les prescriptions d'un permis de construire ne pouvait pas invoquer la responsabilité du maître d'œuvre de conception pour manquement à son obligation de conseil en ne lui rappelant pas l'obligation de respecter les prescriptions. (Cass. Civ 3 14 janvier 2009).
