

NEWSLETTER N°2

Rappels :

I - L'assurance de responsabilité décennale dans les marchés de travaux :

La base de l'obligation d'assurance pour les entreprises : la loi Spinetta n°78-12 du 4 janvier 1978 (intégré dans le Code Civil, article 1792) stipulant que « le 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 un de ses éléments constitutifs ou l'un de ses éléments d'équipement, le rendent impropre à sa destination ».

Sont soumis à l'obligation d'assurance les entrepreneurs, les maîtres d'œuvre, les bureaux d'étude à l'exception du CSPS.

La présomption de responsabilité pèse sur le professionnel pendant les 10 ans qui suivent la réception des travaux (article 1792-4-2 du Code Civil).

La production d'une attestation de RCD est donc obligatoire pour tout professionnel répondant à un marché public dès lors que :

- il y a construction d'un ouvrage neuf,
- Il y a réhabilitation substantielle d'un ouvrage existant,
- Il y a lieu à des **travaux d'équipement, mêmes dissociables**, sur un immeuble existant dès lors que par ses caractéristiques techniques **il peut rendre le bâtiment impropre à sa destination**. Exemple : fourniture de plates-formes pour la création de déchetteries : jugé que la fourniture et la pose des plates-formes par l'entreprise, même non ancrées au sol, constituent un élément indissociable de l'ensemble de l'ouvrage, le rendant, en cas de défaillance, impropre à sa destination (CAA Bordeaux, 3 novembre 2015).

La non-production d'une attestation de RCD en pareils cas:

- constitue une **irrégularité aux obligations de mise en concurrence**,
- Expose le maître d'ouvrage à ne pas bénéficier des garanties financières découlant de la RCD et, de fait, à devoir **s'auto-assurer en cas de sinistre**.

A contrario, n'oublions pas que de **simples travaux d'aménagement intérieur ne constituent pas des travaux « décennables »** et qu'il ne faut donc pas imposer la production d'une attestation de RCD (travaux de mise en peinture, menus travaux de menuiserie intérieure par exemple) même si en pratique les entreprises sont généralement couvertes par une multirisque intégrant la RC professionnelle et la RCD.

Recommandation : L'attestation d'assurance RCD doit correspondre aux habilitations professionnelles de l'entreprise, et doit donc être conforme à l'objet du lot du programme de travaux concerné ou du marché.

II - La présentation d'une offre:

La base du raisonnement : une offre incomplète ou qui ne respecte pas les exigences imposées par le cahier des charges peut être écartée comme étant irrégulière.

Qu'en est-il d'une offre allant au-delà des obligations posées par le cahier des charges, notamment en matière de présentation du prix ? Jugé que si le candidat présente, en réponse à un cahier des charges lui imposant la présentation **d'un prix global et forfaitaire**, en plus une **décomposition dudit prix**, ceci ne doit pas conduire à considérer l'offre comme non-conforme dès lors que la seule vocation de la décomposition du prix vise à **explicitier son prix global et forfaitaire** (pratique des devis détaillés ajoutés à l'offre). Le tout sous réserve bien entendu que l'offre réponde, en ses autres composantes, aux exigences du cahier des charges.

Nouveautés :

La modification du prix par avenant : traditionnellement, la modification du prix par avenant était réputée interdite sauf disparition de l'indice de révision concerné et substitution par avenant d'un nouvel indice.

Aujourd'hui, les choses sont **plus nuancées** depuis un arrêt du Conseil d'Etat (20 décembre 2017, n°408562) qui considère que la réglementation en matière de marchés publics n'a « *ni pour objet ni pour effet de faire par principe obstacle à ce que les parties à un marché conclu à prix définitif puissent convenir par avenant , **en particulier lorsque l'exécution du marché approche de son terme, de modifier le mécanisme d'évolution du prix définitif pour passer d'un prix révisable à un prix ferme** ». En l'espèce, un marché avait fait l'objet de deux premiers avenants modifiant les travaux initiaux par application de la formule de révision des prix contractuelle alors que le 3ème et dernier avenant venait préciser que le nouveau montant du marché était ferme et définitif. D'où, suivant le CE, pas de bouleversement de l'économie du marché via cet avenant puisque le mécanisme de fixation du prix du marché intervenait en fin d'exécution de celui-ci. Rendue sous l'empire du CMP, cette solution est néanmoins transposable à la réglementation actuelle.*

Autre point à souligner, l'entreprise faisait valoir que le maître d'ouvrage avait employé des moyens dolosifs au moment de la transmission du 3ème avenant pour ne pas avoir signalé la modification de la formule de révision du prix. En effet, un avenant à un marché doit faire l'objet d'une signature des 2 parties, rien n'obligeant le titulaire du marché à l'accepter. En l'occurrence, l'entreprise a été déboutée au motif qu'elle aurait dû prendre « **comme tout professionnel attentif se doit de le faire, les précautions nécessaires avant de signer l'avenant** ».

La fonction d'une police dommages-ouvrage : bien que non obligatoire pour les établissements publics, il est fortement conseillé de s'assurer en dommages-ouvrage pour la construction d'ouvrages neufs ou la réhabilitation substantielle d'existants.

Le Conseil d'Etat (26 mars 2018, n°405109) vient de consacrer la fonction essentielle de la DO en précisant que le Code des assurances institue en pareil domaine **une procédure spécifique de préfinancement des travaux couverts par la garantie décennale des entreprises**, et ceci **avant toute recherche de responsabilité**. L'assureur ne pouvait donc exiger de la part de la collectivité assurée qu'elle réalise les travaux avant le versement de l'indemnité par l'assureur.

L'entrée en vigueur du RGPD : le règlement européen sur la protection des données (RGPD) du 27 avril 2016 entre en vigueur le 25 mai 2018 et se substituera à la réglementation « CNIL ». Il a pour objectif général de **renforcer les droits des personnes concernées ainsi que la sécurisation des données personnelles recueillies par un responsable de traitement** ; il vise aussi à **réduire la masse des données conservées**. Les données personnelles recouvrent toutes les informations permettant l'identification d'une personne physique. Il est ainsi applicables aux CCI notamment, à raison des **fichiers** qu'elles gèrent et des **traitements automatisés qu'elles utilisent**. Les CCI sont ainsi considérées comme « responsables de traitement » et doivent mettre en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées pour s'assurer de la conformité au RGPD des traitements utilisés.

Celui-ci fait obligation (article 28) au responsable du traitement de recourir à des « **sous-traitants** » (**à savoir des cocontractants**) **présentant des garanties suffisantes en matière de protection des données personnelles**.

En cas de sous-traitance, même à plusieurs rangs, le co-contractant de la CCI ne peut pas faire appel à un sous-traitant sans l'autorisation écrite préalable, spécifique ou générale, de la CCI responsable du traitement. Si l'autorisation est générale, le cocontractant doit informer la CCI de tout changement affectant ses sous-traitants et lui permettre ainsi d'émettre des objections le cas échéant.

Ces contraintes doivent figurer dans les marchés ou contrats liant le responsable de traitement au prestataire de services étant précisé que **la responsabilité du respect du RGPD incombe au responsable du traitement**. Les dispositions suivantes reprenant pour l'essentiel le contenu de l'article 28 du RGPD sont à intégrer dans les contrats :

Direction Achats/Marchés Publics Grand Est

« Le titulaire/prestataire est assimilé au titre du marché à un sous-traitant au sens de l'article 28 du règlement UE 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, ci-après dénommé « RGPD ».

Ainsi, le titulaire :

- a) ne traite les données à caractère personnel que sur instruction documentée de la CCI en sa qualité de responsable du traitement, y compris en ce qui concerne les transferts de données à caractère personnel vers un pays tiers ou une organisation internationale ;
- b) veille à ce que les personnes autorisées à traiter les données à caractère personnel s'engagent à respecter la confidentialité ou soient soumises à une obligation légale appropriée de confidentialité;
- c) prend toutes les mesures requises en matière de sécurité des données telles qu'imposées par l'article 32 du RGPD;
- d) ne recrute pas un sous-traitant sans l'autorisation écrite préalable, spécifique ou générale, du responsable du traitement. Dans le cas d'une autorisation écrite générale, le titulaire informe le responsable du traitement de tout changement prévu concernant l'ajout ou le remplacement de sous-traitants, donnant ainsi au responsable du traitement la possibilité d'émettre des objections à l'encontre de ces changements;
- e) tient compte de la nature du traitement, aide le responsable du traitement, par des mesures techniques et organisationnelles appropriées, dans toute la mesure du possible, à s'acquitter de son obligation de donner suite aux demandes dont les personnes concernées le saisissent en vue d'exercer leurs droits prévus aux articles 12 à 23 du RGPD ;
- f) aide le responsable du traitement à garantir le respect des obligations en matière de violation de données à caractère personnel, d'analyse d'impact notamment et des autres obligations telles qu'elles sont prévues par les articles 32 à 36 du RGPD, et ceci compte tenu de la nature du traitement et des informations à la disposition du titulaire ;
- g) selon le choix du responsable du traitement, supprime toutes les données à caractère personnel ou les renvoie au responsable du traitement au terme de la prestation de services relatifs au traitement, et détruit les copies existantes, à moins que le droit de l'Union ou le droit de l'État membre n'exige la conservation des données à caractère personnel; et
- h) met à la disposition du responsable du traitement toutes les informations nécessaires pour démontrer le respect des obligations prévues à l'article 28 du RGPD et pour permettre la réalisation d'audits, y compris des inspections, par le responsable du traitement ou un autre auditeur qu'il a mandaté, et contribuer à ces audits.

Le titulaire informe immédiatement le responsable du traitement si, selon lui, une instruction constitue une violation du RGPD ou d'autres dispositions légales en vigueur et relatives à la protection des données.

Lorsque le titulaire recrute un sous-traitant pour mener des activités de traitement spécifiques pour le compte du responsable du traitement, les mêmes obligations en matière de protection de données que celles fixées dans le contrat entre le responsable du traitement et le titulaire sont imposées à ce sous-traitant par contrat ou tout autre acte juridique; il doit en particulier présenter des garanties suffisantes quant à la mise en œuvre de mesures techniques et organisationnelles appropriées de manière à ce que le traitement réponde aux exigences du RGPD. Lorsque le sous-traitant ne remplit pas ses obligations en matière de protection des données, le titulaire demeure pleinement responsable par rapport à la CCI de l'exécution de ses obligations par le sous-traitant.

Si, en violation du RGPD, un cocontractant détermine les finalités et les moyens du traitement, il est considéré comme un responsable du traitement pour ce qui concerne ce traitement et en assume les responsabilités en résultant ».