



CONFERENCE INTERAFRICAINNE DES MARCHES D'ASSURANCE  
(CIMA)



INSTITUT INTERNATIONAL DES ASSURANCES

BP. 1575 YAOUNDE – Tél : (+237) 22 20 71 52 – FAX : (+237) 22 20 71 51

E – mail : [iaa@cameroun.com](mailto:iaa@cameroun.com)

Site web : <http://www.iiacameroun.com>

Yaoundé / Cameroun

**MEMOIRE DE FIN D'ETUDES POUR L'OBTENTION DU DIPLOME D'ETUDES  
SPECIALISEES EN ASSURANCES (DESS-A)  
(Cycle III : 22<sup>ème</sup> promotion 2014 - 2016)**

**THEME : PASSATION DE MARCHES ET ASSURANCES**

Présenté et soutenu par :

**M. Papa Mass YADD**

Sous la direction de :

**M. Kalidou DIALLO**

Directeur Commercial de ASKIA Assurances SA



**(Novembre, 2016)**



CONFERENCE **INTERAFRICAIN**E DES MARCHES D'ASSURANCE  
(CIMA)



INSTITUT INTERNATIONAL DES ASSURANCES  
BP. 1575 YAOUNDE – Tél : (+237) 22 20 71 52 – FAX : (+237) 22 20 71 51  
E – mail : [ija@cameroun.com](mailto:ija@cameroun.com)  
Site web : <http://www.iiacameroun.com>  
Yaoundé / Cameroun

**MEMOIRE DE FIN D'ETUDES POUR L'OBTENTION DU DIPLOME D'ETUDES  
SPECIALISEES EN ASSURANCES (DESS-A)  
(Cycle III : 22<sup>ème</sup> promotion 2014 - 2016)**

**THEME : PASSATION DE MARCHES ET ASSURANCES**

Présenté et soutenu par :

**M. Papa Mass YADD**

Sous la direction de :

**M. Kalidou DIALLO**

Directeur Commercial de ASKIA Assurances SA



**(Novembre, 2016)**

SOMMAIRE	
DEDICACES.....	ii
REMERCIEMENTS.....	iii
Liste des Sigles et abréviation .....	iv
Liste des tableaux et Annexes.....	v
RESUME .....	vi
ABSTRACT .....	vii
PREMIERE PARTIE : LA REGLEMENTATION DES PASSATIONS DES MARCHES .....	5
CHAPITRE I : CHAMP D'APPLICATION DU CODE DES MARCHES PUBLICS .....	6
SECTION 1 : REGLES RELATIVES AUX PARTICIPANTS .....	6
SECTION 2 : FORMALISME DE LA PREPARATION DES PASSATIONS. ....	19
CHAPITRE II : CHAPITRE II : LA PROCEDURE DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS.....	26
SECTION 1 : REGLES RELATIVES AUX PARTICIPANTS .....	26
SECTION 2 : FORMALISME DE LA PREPARATION DES PASSATIONS. ....	31
DEUXIEME PARTIE : LES SOLUTIONS D'ASSURANCE DES MARCHES .....	42
CHAPITRE I : LA GARANTIE CONTRE LA DEFAILLANCE DES INTERVENANTS : L'ASSURANCE CAUTION.....	43
SECTION 1 : FONDEMENTS DE L'ASSURANCE CAUTION .....	43
SECTION 2 : LE CONTRAT D'ASSURANCE CAUTION. ....	50
CHAPITRE II : LA GARANTIE CONTRE LES DESORDRES .....	55
SECTION 1 : RISQUES LIES A LA CONSTRUCTION.....	55
SECTION 2 : LES GARANTIES D'ASSURANCE DES CONSTRUCTIONS. ....	58
CONCLUSION GENERALE .....	87
BIBLIOGRAPHIE .....	88
ANNEXES .....	89

**DEDICACES**

*A Ma très chère petite famille illuminée par N'Doumbé et Mamadou Ady*

*A feux : Mon père Mamadou et ma sœur Binetou YADD « Puissent vos âmes reposer en paix »*

*A Maman qui, malgré le poids de l'âge, ne cesse de nous garder sous ses ailes protectrices*

*A mes frères et sœurs à qui je souhaite tout le courage du monde*

## REMERCIEMENTS

Mes remerciement vont à :

-Monsieur Papa Kalidou DIALLO, « Doyen et maître de la technique des cautions qui m'a encadré dans la rédaction de ce travail ;

-Monsieur Dembo DANFAKHA, Directeur des études de l'IIA (qui a toujours su nous montrer les voies de la réussite) ;

Madame DANFAKHA et les enfants pour nous avoir acceptés parmi eux et nous ont fait oublier la distance nous séparant du pays;

-Monsieur Roger Raoul DOSSOU YOVO, Directeur Général de l'IIA ;

-Le Personnel de l'IIA qui, par leur chaleur relationnelle et leur disponibilité, nous ont accompagnés durant ces épreuves des deux années de formation ;

-Madame Oumou NIANG TOURE, Directrice générale d'Askia assurances SA ;

-Tout le personnel d'Askia Assurances SA, particulièrement le service sinistre (Abdoulaye AW, Ndeye Sokhna SANE, Dial Mbaye LAM, Mohamed Diao BA, Rokhaya FALL et Madina SOUMARE ) ;

-Mes condisciples du Sénégal : Ndeye Khady, Ansou, Médoune, Mactar pour leur esprit d'entraide et de communion ;

-Tous ceux qui m'ont soutenu dans la réalisation de mes objectifs de stage : Mention particulière à Alioune Diop FAYE pour nos échanges très constructifs.

### Liste des sigles et abréviations

ARMP : Agence de régulation des marchés publics

AO : Appel d'offres

CMP: Code des Marchés publics besoin en Fonds de Roulement

DCMP: Direction de Contrôle des Marchés publics

DO : Dommages-Ouvrages

DROC : Déclaration d'Ouverture de chantier

CIMA: Conférence Interafricaine des Marchés d'Assurances

OHADA: Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires

PUC : Police Unique de Chantier

TRC : Tours risques Chantiers

UEMOA : Union Economique et Monétaire ouest africain

\

**Liste des tableaux et ANNEXES**

- Tableau 1 : Marchés passés durant le 1<sup>er</sup> semestre 2016.....cf. annexe I
  
- Tableau 2 : Evolution du Compte d'exploitation générale de la branche responsabilité civile générale...cf. annexe 2

## RESUME

Les objectifs de l'émergence que se sont fixés les états africains ont entraîné de profondes mutations dans les structures juridiques et organisationnelles de ces états.

En effet, les impératifs d'une organisation sécurisée des différents axes de développement ont donné naissance à des législations spécifiques pour encadrer les chantiers de l'émergence, tout en se dotant de moyens techniques, humains et financiers importants et adaptés.

C'est ainsi que le processus assez complexe de la passation des marchés publics a été entouré des gages les plus surs du respect des règles de transparence et d'efficacité.

Les nouvelles règles édictées par le code des marchés publics s'imposent à tous les acteurs des marchés publics qui sont soumis à des obligations de qualification juridique, techniques et financières rigides. Aussi est-il tenu compte des modalités de passation des marchés par la fixation des procédés de passation de leur préparation à leur adjudication définitive.

Dans la même logique de pérennisation des investissements et de sécurisation des prestations, il a été préconisé la mise en place de garanties diverses à fournir.

Ces garanties devant être présentés par les acteurs aux marchés se présentent sous la norme de caution çà fournir afin de se prémunir contre les risques d'insolvabilité. C'est l'objet de l'assurance de caution qui répond à des techniques particulières différentes de celles des autres branches d'assurance.

Les éventuels dommages ou désordres pouvant affecter les ouvrages ne sont pas laissés en reste avec la multiplication des garanties probables pouvant faire l'objet d'assurance.

Malgré l'existence de droit spécifique de la responsabilité civile professionnelle des constructeurs, le recours à l'assurance permet le préfinancement des travaux nonobstant toute recherche de responsabilités futures. Les défis de l'émergence sont ainsi lancés et les bases sont posées.

**ABSTRACT**

The objectives of the emergence that had set African states have resulted in profound changes in the legal and organizational structures of these states.

Indeed, the requirements of a secure organization of the various areas of development have led to specific legislation to regulate the yards of emergence by acquiring technical, important and appropriate human and financial.

Thus the rather complex process of procurement was surrounded by the most secure pledges of compliance with transparency and efficiency. The new rules issued by the Public procurement Code are binding on all actors of public contracts which are subject to the legal classification of obligations, rigid technical and financial. It is therefore considering the modalities of procurement by setting procurement processes of their preparation for their final award.

In the same logic of sustainability investments and security benefits, it was recommended the establishment of various guarantees to provide.

These guarantees that must be presented by the market players to protect the insure, are set by providing deposit to guard against the risk of insolvency. This is the purpose of deposit insurance that meets the various specific techniques from the other classes of insurance. Any damage or disorders which may affect the works are not left forgotten with the multiplication of the likely guarantees that may be the insurance object. Despite the existence of specific duty of professional liability of manufacturers, the use of insurance allows the pre-financing of work notwithstanding any future research of responsibilities.

The challenges are emerging and launched and theirs foundations are laid.

## INTRODUCTION GÉNÉRALE

Au lendemain de la célébration du cinquantenaire de leur accession à l'indépendance, les pays africains se sont fixé des objectifs dont les principaux se retrouvent dans le concept du défi pour l'émergence.

Ainsi, depuis une décennie, il a été prôné différentes axes de réflexion d'atteindre de manière efficiente et efficace ces objectifs dont le but principal est d'atteindre le développement pour le continent africain.

Il faut dire que les chiffres sont alarmants pour caractériser la part représentée par l'Afrique sur l'échiquier mondial. Selon le rapport de l'organisme « DOING BUSINESS » sorti en 2013, seuls deux pays africains figurent parmi les 50 pays les mieux classés dans la course pour l'accès au développement, et 38 pays africains figureraient dans les 80 pays classés derniers de ladite course. Ce constat alarmant a fait prendre des résolutions primordiales afin de redresser la barre et tendre vers les sentiers de l'émergence.

Parmi ces axes incontournables de la voie du développement, on peut citer :

- la mise en place par les Etats, de politique favorisant le développement des secteurs clés du développement : l'industrie ;
- la facilitation des coopérations régionales en vue de la réalisation de projets d'infrastructures de grande envergure (dans l'espace CEDEAO, il a été noté en fin 2014 d'un tarif extérieur commun) ;
- le progrès des technologies et des méthodes ;
- enfin un taux plus élevé dans la réalisation des Objectifs du Millénaire pour le Développement

Ainsi chaque pays développe son projet pour devenir émergent ; c'est la nouvelle course de l'Afrique.

Au Sénégal, le gouvernement a mis en place un programme de développement économique à l'horizon 2035 : le plan Sénégal Emergent. Ce plan se décline en une stratégie Nationale de

développement économique et social avec un plan d'actions prioritaires (entre l'an 2014 et l'an 2016). Ce plan stratégique se fixe des objectifs primordiaux que sont :

- la création de nouvelles infrastructures routières devant faciliter la mobilité des personnes et des biens à l'intérieur du Sénégal : Construction de l'autoroute à péage, travaux du train express régional, construction du nouvel aéroport AIDB ;
- l'atteinte de l'autosuffisance énergétique, et l'électrification totale de toutes les parties du pays ;
- L'autosuffisance alimentaire et la création de nouvelles structures scolaire ;
- l'atteinte d'une couverture médicale totale des populations.

Tous ces projets imposaient la refonte du système juridique devant être le gage de la réalisation adéquate des différents axes de développement. C'est pourquoi le Sénégal, s'est doté les moyens juridiques d'organiser et de pérenniser les mécanismes de réalisation de ces objectifs.

Dans la réalisation de ces objectifs, l'Etat Sénégal a reconnu la nécessité de faire participer les opérateurs privés dans la réalisation des différents projets. En effet, « face de l'importance des investissements à réaliser, une baisse de l'aide au développement et une croissance insuffisante, le budget de l'état comme principale source de financement des infrastructures, semble monter ses limites » (exposé des motifs de la loi relatives aux contrats de partenariat Public-Privé)<sup>1</sup>.

Cette nouvelle réglementation a débouché également sur de nombreuses recommandations avec entre autres, notamment :

- l'élargissement du champ d'application de la loi pour couvrir l'ensemble des secteurs prioritaires ;
- le renforcement de la participation du secteur privé national et la création d'emploi
- l'introduction de mesures incitatives pour les entreprises de l'UEMOA ;

---

<sup>1</sup> Loi 2014-09 du 20/02/2002 et Décret 2005-386 du 20/03/2013 République du Sénégal

-l'assouplissement des conditions et modalités de traitement des offres spontanées etc.

Dans la même logique d'instauration d'un environnement sécurisé des différents investissements, il a été mis en place une législation spécifique régissant l'organisation des marchés publics : il s'agit du Code des marchés publics<sup>2</sup>. Ce code qui est rédigé en conformité aux règlements communautaires de l'UEMOA portant organisation des marchés publics<sup>3</sup>, et de l'OHADA relatifs aux suretés<sup>4</sup>.

C'est compte tenu de l'ensemble de ces éléments que nous avons jugé intéressant d'étudier le thème : « Passation des marchés et Assurances ».

En effet, en plus de l'organisation des mécanismes de passation des marchés, l'Etat sénégalais à favoriser la protection des différents investissements en instaurant des régimes obligatoires de garantie auxquels devraient se conformer les intervenants à ces différents échanges. Parmi ces garanties, nous pouvons citer l'exigence de certaines cautions dans les différentes phases du processus de passation des marchés, l'exigence de certaines couvertures de responsabilité civile pour les entreprises de réalisation, voire la couverture des dommages matériels directs que subiraient les ouvrages compte étant tenu des exigences de célérité dans leur achèvement.

Notre thème a pour nous un double intérêt théorique et pratique.

-Théorique, car il est fait étude dans notre développement des règles qui sont méconnu de la majorité des citoyens qui constituent, pourtant, le destinataire et l'utilisateur final de ces investissements ; méconnue également par les agents économiques qui en ignorent les dispositions.

-Pratique car nous nous évertuons au fil de nos développements en la définition des illustrations de l'application de ces normes.

Le traitement de ce thème n'aura, toutefois, pas été des plus faciles compte tenu de la quasi existence d'ouvrages généraux sur ce thème. Ces écrits, si elles existent, ne se limitent qu'à la présentation générale des différents principes.

---

<sup>2</sup> Décret 2014-2012 du 22 Septembre 2014 République du Sénégal

<sup>3</sup> Directive n°05/2005/CM/UEMOA du 09/12/2005 portant contrôle et régulation des marchés des marchés et délégation du service public dans l'UEMOA

<sup>4</sup> Acte uniforme du 17 Avril 1997 de l'OHADA portant organisation des suretés

## « Passation de Marchés et Assurances »

C'est ce qui nous a poussés à nous appesantir sur ce qui se fait ailleurs, plus précisément en France, où les ouvrages et la législation sont assez prolifiques.

Dans le souci d'une délimitation de notre étude, nous entendrons par marchés, les marchés publics conclus par l'Etat et ses différents démembrements dans le sens de l'article 2 du code des marchés publics. Les garanties d'assurance objet de notre 2<sup>ème</sup> partie se limiteront à la couverture contre les désordres matériels plus précisément dans les marchés de travaux.

Notre étude s'articulera ainsi en deux parties : La première traitant de la réglementation applicable à la passation des marchés publics (1<sup>ère</sup> PARTIE), la seconde des solutions d'assurances adaptées aux marchés (2<sup>ème</sup> PARTIE).

PREMIERE PARTIE

LA REGLEMENTATION DE LA  
PASSATION DES MARCHES

## CHAPITRE I : CHAMP D'APPLICATION DU CODE DES MARCHES PUBLICS

### SECTION 1 : REGLES RELATIVES AUX PARTICIPANTS ET AUX MARCHES

#### **Paragraphe 1 : Les personnes soumises au code des Marchés publics**

##### **A- Les Maitres d'ouvrage**

###### **1. Définition**

Le maître d'ouvrage est la personne qui prend l'initiative de construire : C'est le client.

La définition n'est pas universelle, toutefois il existe des critères permettant d'octroyer la qualité de maître d'ouvrage à une personne (physique ou morale). Ces critères, au nombre de trois, sont :

-le maître d'ouvrage est une personne titulaire d'un droit de construire sur le terrain ou sur l'immeuble objet des travaux ; ce n'est pas nécessairement le propriétaire. Il est le plus souvent propriétaire du sol et, par voie de conséquence, propriétaire de la construction. Mais, il est important de souligner que les cocontractants recourent de plus en plus souvent à des montages complexes servant à préfinancer des ouvrages (au moins pour partie) à des activités d'intérêt général. C'est le cas dans les contrats de Bail emphytéotique administratif (BEA) dans lesquels le maître d'ouvrage ne sera pas le propriétaire du terrain mais un simple titulaire du droit de construire ;

-c'est une personne qui conclut un ou plusieurs contrats, éventuellement par l'intermédiaire d'un mandataire, en vue de la réalisation de l'ouvrage : marché de maîtrise d'œuvre et/ou marché(s) de travaux :

-enfin, le maître d'ouvrage agit pour son compte (contrairement aux mandataires).

Une fois la définition de la notion de maître d'ouvrage faite, il est important d'étudier la classification des maîtres d'ouvrages.

## 2. Classification des maîtres d'ouvrage soumis au code des marchés

Le code des marchés publics sénégalais dans son article 2 du chapitre 1<sup>er</sup> portant Champ d'application énumère « *les autorités contractantes* » (maître d'ouvrages) dont les marchés conclus sont régis par ses dispositions.

Un regroupement permet de classer les intervenants soumis au code des marchés en trois grandes catégories selon leur qualité juridique :

- les maîtres d'ouvrages publics
- les maîtres d'ouvrages réglementés
- les maîtres d'ouvrages privés

### a) les maîtres d'ouvrages publics

Les marchés des travaux conclus par ces maîtres d'ouvrages sont impérativement régis par le code des marchés publics.

Il s'agit entre autres :

- de « l'Etat y compris ses services déconcentrés et les organismes non dotés de la personnalité morale placés sous son autorité : Services centraux (ministères), services déconcentrés (Direction des travaux géographiques et cartographiques, Direction des collectivités locales ...) ;
- des collectivités locales, y compris leurs services déconcentrés et les organismes non dotés de la personnalité morale, placés sous leur autorité ainsi que les groupements mixtes et les établissements publics locaux: Communes, départements, régions de droit commun;
- les établissements publics de l'Etat :
  - Etablissements à caractère scientifique, culturel et professionnel ;
  - Etablissements publics sociaux ou médico-sociaux

-Etablissements d'enseignement général

b) les maîtres d'ouvrage réglementés

Est considéré comme maître d'ouvrage réglementé, tout donneur d'ordre dont l'activité est financée majoritairement par des fonds publics, ou dont la gestion est soumise à un contrôle public ou bien dont un organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé majoritairement de personnes publiques.

Il s'agit selon le même article :

- des agences ou organismes, personnes morales de droit public ou privé (autres que les établissements publics, sociétés nationales ou sociétés anonymes à participation publique majoritaire) dont l'activité est financée majoritairement par l'Etat ou une collectivité locale et s'exerce essentiellement dans le cadre d'activités d'intérêt général ;
- les établissements parapublics : les sociétés nationales et les sociétés anonymes à participation publique majoritaire ;
- les associations formées par les personnes morales citées ci-dessus.

c) Les maîtres d'ouvrage privés

Contrairement aux maîtres d'ouvrage publics et aux maîtres d'ouvrages réglementés qui travaillent avec des fonds publics, les maîtres d'ouvrage privés ont la particularité principale d'assumer le risque financier de l'opération.

Il s'agit :

- des maîtres d'ouvrages privés professionnels : Promoteurs constructeurs constitué en société civile immobilière (SCI) ou en société de construction vente (SCCV) ;
- les maîtres d'ouvrage privés institutionnels : les banques, les compagnies d'assurances, les mutuelles, etc.

- les maîtres d'ouvrage occasionnels : Industriels, commerçants, associations, particuliers ...

Ce sont des personnes susceptibles de passer des marchés pour le compte d'une autorité contractante (maîtres d'ouvrage publics ou réglementés) ; ils sont assujettis dans le cadre de ces marchés pour compte aux dispositions régissant la délégation des tâches relatives à la passation des marchés. Toutefois la délégation totale ou partielle des attributions relatives à la passation et à l'exécution de marché ne peut concerner que la réalisation :

- d'ouvrages, de bâtiments ou d'infrastructures, y compris la fourniture de matériels et d'équipements nécessaires à leur exploitation ;
- de programmes d'intérêt public ou projets inclus dans de tels programmes, comprenant un ensemble de travaux, fournitures et services.

La réglementation en matière de passation des marchés publics définit également des critères d'éligibilité pour les candidats à la soumission aux marchés. Ces candidats se répartissent en deux groupes ayant pour rôle l'assistance et le conseil du maître d'ouvrage dans la conception et la mise en place des procédés de réalisation du projet (Maîtres d'œuvre), et l'accomplissement des travaux objet du projet (les entrepreneurs) .

### **B- les Maîtres d'œuvres autorisés à participer aux marchés publics**

Cette partie consistera à définir le concept de maître d'œuvre

#### **1. Définition**

Le maître d'œuvre est la personne physique ou morale, publique ou privée, qui, en raison de sa compétence technique, est chargée par le maître de l'ouvrage ou son mandataire, afin d'assurer la conformité architecturale, technique et économique de la réalisation du projet objet du marché, de diriger l'exécution des marchés de travaux, de lui proposer leur règlement et de l'assister lors des opérations de réception ainsi que pendant la période de garantie de parfait achèvement. Les documents particuliers du marché mentionnent le nom et l'adresse du maître d'œuvre. Si le maître d'œuvre est une personne morale, il désigne la personne physique qui a seule qualité pour le représenter, notamment pour signer les ordres de service.

### 1) Constitution de l'équipe de maîtrise d'œuvre

Il est exceptionnel de rencontrer une structure pouvant assumer seule l'ensemble des missions et des responsabilités du maître d'œuvre. Dans la pratique, cette fonction est assumée par une équipe constituée pour l'opération :

- d'ingénieurs-conseils ;
- de bureaux d'Etudes techniques ;
- de géomètres
- d'urbanistes ;
- de paysagistes.

### 3. Principales missions du maître d'œuvre

Ils remplissent en amont une mission de conception de l'ouvrage, et ont en aval une fonction de surveillance et de coordination des travaux.

Il recouvre les prestations de conseil, d'études et de direction de travaux qu'un professionnel exécute pour le compte d'un client, le maître d'ouvrage, en vue de réaliser des travaux.

Ses principales tâches se résument à :

- a) la conception d'un projet de construction neuve ou d'intervention sur un bâtiment existant :

La phase de conception est la phase de mise en forme du projet devant faire l'objet du marché.

Cette phase sera l'occasion de différentes études qui aboutiront à la retenue du modèle final du projet.

Ces différentes études sont :

- Les études d'esquisse et de diagnostic qui permettent d'arrêter le parti général de l'ouvrage, et d'engager le dialogue entre le maître d'ouvrage et le maître d'œuvre avant toute étude plus importante ;

- Les études préliminaires dont la finalité est de permettre au maître d'ouvrage d'arrêter le parti d'ensemble d'un ouvrage de génie civil. Dans les opérations de réhabilitation d'ouvrages d'infrastructure, elles sont appelées études de diagnostics ;
- Les études d'**avant-projet sommaire** (ayant pour objet d'apprécier les volumes intérieurs et l'aspect extérieur de l'ouvrage, de préciser le calendrier de réalisation, et d'établir une estimation provisoire du coût prévisionnel des travaux), les études d'**avant-projet définitif** (permettant d'arrêter définitivement le programme et de passer les marchés de travaux) et l'établissement des dossiers d'autorisations administratives ;
- Les études de projet qui comprennent toutes les études et plans de conception générale qui sont nécessaire à une consultation en corps d'états séparés :

Elles permettent d'établir le délai global d'exécution et le coût prévisionnel des travaux décomposés par corps d'état sur la base d'un avant-métré.

- L'assistance à la passation des marchés de travaux à travers la préparation de la consultation, la sélection des candidats, l'analyse des offres des entreprises et la conclusion des contrats de travaux
- les Préparer les marchés de travaux à passer avec les entrepreneurs;
- Diriger les travaux réalisés par les entrepreneurs choisis ;
- Vérifier qu'ils sont exécutés conformément aux dispositions des marchés ;
- Contrôler le paiement des travaux ;
- Assister son client à la réception des ouvrages.

#### **b) A la phase de réalisation**

A la phase de réalisation, le maître d'œuvre est responsable du bon suivi des travaux conformément aux clauses des cahiers de charges du marché.

Pendant cette phase, il est responsable des études exécution et de la direction de l'exécution des contrats de travaux. Il assure, ainsi le rôle prépondérant d'ordonnancement, de pilotage et de coordination des travaux

### **c) L'Assistance lors des opérations de réception**

Par cette mission, le maître d'œuvre conserve un rôle de maître d'ouvrage jusqu'à la levée des réserves et assure un rôle de conseil jusqu'à l'achèvement de la période de garantie.

#### **1 Les entrepreneurs autorisés**

##### **1) Définition**

Ils construisent l'ouvrage. Ce peut être une entreprise générale ou une entreprise titulaire d'un seul lot, voire une entreprise sous-traitante.\

La construction elle-même est effectuée généralement par une ou plusieurs entreprises (on parle alors d'un « groupement d'entreprises »), responsable(s) du marché (contrat) de travaux. Cette entreprise responsable du marché, appelée souvent « entreprise générale » fait également appel à de la sous-traitance.

Les différents intervenants de la construction sont identifiés dans ce que l'on appelle les « corps d'État » : gros œuvre, couverture, plomberie, électricité, chauffage, peinture (pour le bâtiment), voirie, éclairage, réseaux d'eau (eau potable, tout-à-l'égout, eaux pluviales), réseaux « secs » (électricité, gaz, téléphone, fibre optique) et signalisation (pour les travaux publics).

La différence tient aux relations contractuelles qu'elles ont avec le maître d'ouvrage ou avec les autres intervenants : l'entreprise générale, titulaire d'un marché unique passé avec le maître d'ouvrage, est engagée pour la totalité des travaux ; l'entreprise titulaire d'un lot n'est engagée qu'à l'égard des travaux relevant de son lot (maçonnerie, peinture, électricité...) ; l'entreprise sous-traitante n'est pas liée contractuellement au maître d'ouvrage, elle est liée à l'entreprise qui lui sous-traite les travaux.

Selon l'article 47 al.1er CMP « les candidats aux marchés publics peuvent se grouper pour concourir à l'obtention des marchés publics sous formes de groupements d'entreprises solidaires ou de groupements d'entreprises conjointes, sous réserve de respecter les règles interdisant les entraves à la concurrence ».

Cette faculté peut toutefois être restreinte puisque les cahiers des charges « peuvent imposer la forme que doit prendre le groupement en cas d'attribution du marché » (al.3 du même article).

Ces entreprises, pour participer aux marchés à conclure doivent répondre à certaines exigences impératives.

### **3. Conditions d'éligibilité des entreprises de construction**

#### a) conditions d'éligibilité des entreprises

Elles sont définies aux articles 43 et 45 CMP et ont pour objet la non-admission de certaines personnes à prendre part aux marchés publics du fait de certaines circonstances. Ces dispositions de l'article 43 sont également applicables aux sous-traitants.

Ainsi ne sont pas admis à prendre part aux marchés publics ;

- les personnes physiques ou morales admises au régime de la liquidation des biens ;
- Les personnes physiques en état de faillite ;
- les personnes physiques ou morales en état de redressement judiciaire lorsque la poursuite de l'activité est interdite par décision du juge commissaire ;
- les personnes physiques ou morales frappées d'une mesure temporaire ou définitive d'interdiction d'obtenir des commandes publiques résultant du Comité de Règlement des différends en vertu du CMP ;
- les personnes physiques candidates et les dirigeants de personnes morales candidates ayant fait l'objet d'une condamnation pour une infraction pénales liée à leurs activités professionnelles ou consistant en des déclarations fausses ou fallacieuses quant aux qualifications exigées d'eux pour l'exécution du marché ;
- les personnes qui au 31 Décembre de l'année précédant celle au cours de laquelle a eu lieu le lancement de la consultation n'ont pas respecté leurs obligations fiscales et sociales (Impôts, cotisations sociales) ;
- les entreprises ou agences publiques lorsqu'elles sont soumises à la tutelle technique de l'autorité contractante ; en effet, seules sont admises à participer aux marchés publics, les entreprises pouvant établir leur autonomie juridique et financière, leur

gestion selon les règles du Droit commercial, et leur indépendance vis-à-vis de l'autorité contractante.

- Les personnes ne s'étant pas acquitté de leur impôts, taxes, majorations, pénalités, cotisations et redevances de régulation des marchés publics exigibles le 31 Décembre de l'année précédant la publication du marché ; toutefois , cette exclusion pourra être levée si ces personnes se sont acquittées entre la date d'exigibilité et la date de lancement du marché des montants dues, ou on constitués des garanties jugées suffisantes par l'organisme ou le comptable chargé du recouvrement des sommes en cause

Les candidats devront ainsi fournir des documents justificatifs de leur éligibilité en complément de leur dossier de soumission.

b) Documents justificatifs d'éligibilité

Il s'agit de documents permettant d'attester des capacités juridiques, financières, techniques et environnementales requises pour l'exécution du marché. L'article 44 CMP liste les différents documents et attestations requis que sont :

- Une déclaration indiquant l'intention de faire acte de candidature pour réaliser le marché avec toutes les informations liées à l'objet social, le régime juridique et l'immatriculation au registre du commerce et du crédit mobilier ;
- Une note présentant le candidat et indiquant notamment ses moyens humains et techniques ;
- Les références des différents marchés précédemment réalisés et, éventuellement des renseignements sur le savoir-faire;
- Les attestations justifiant la satisfaction des obligations à l'égard de la Caisse de Sécurité Sociale (CSS), de l'Institution de Prévoyance Sociale (IPRES), et de l'administration fiscale ;
- Une déclaration sur l'honneur attestant l'inexistence à son encontre d'une procédure de liquidation des biens ou de faillite personnelle ;

- Tout document permettant de juger de sa capacité financière.

Ce premier paragraphe nous a permis d'étudier les qualités juridiques des personnes (physiques ou morales) auxquelles s'imposent les dispositions du code des marchés publics sénégalais, ainsi que les conditions de leur éligibilité. Nous jugeons utile de nous intéresser aux marchés qui sont régis par ledit code.

## **Paragraphe 2 : les principaux marchés régis par le code des marchés publics**

Nous nous intéressons à la définition du contrat de marché public et à l'étude des différents marchés soumis au code des marchés publics

### **A- La notion de marchés publics**

#### **1. Définition**

Selon l'article 1<sup>er</sup> CMP : « le contrat de marchés publics est un contrat conclu par les personnes morales (Maîtres d'ouvrage publics) citées à l'article 2 CMP (voir paragraphe ci-dessus) pour répondre à leurs besoins en matière de réalisation de travaux et d'achat de fournitures ou de services.

Il ne doit pas être confondu avec d'autres contrats relevant de régimes juridiques différents (concessions de travaux publics, délégations de service public, contrats de partenariat, contrats de vente en l'état futur d'achèvement, baux emphytéotiques administratifs, autorisations d'occupation temporaire du domaine public...). Les marchés peuvent être des marchés de travaux, de fournitures ou de prestations de services :

- le marché de travaux a pour objet principal les prestations liées à la réalisation de tout ou partie d'un ouvrage. Il porte essentiellement sur les travaux relatifs aux constructions ou à la réhabilitation de bâtiments, de routes, ou d'ouvrages d'art (barrages, ponts et chaussées, etc.), à la reconstruction, à la démolition, à la réparation ou à la rénovation d'un ouvrage, tels que la préparation du chantier, les travaux de terrassement, l'érection de tout ou partie d'un ouvrage, l'installation d'équipements ou de matériels, la décoration et la finition, ainsi que les services accessoires ou connexes.

•le marché de fournitures a pour objet principal la livraison de biens de toutes natures y compris des matières premières, produits, équipements et objets sous forme solide, liquide ou gazeuse, ainsi que les services accessoires à la fourniture de ces biens. Il peut porter par exemple, sur les achats de fournitures de bureau, de fournitures techniques, informatiques ou d'équipements divers.

•le marché de prestations de services a pour objet principal, les prestations de services courants ou de prestations intellectuelles. On classe dans les prestations courantes le gardiennage, la restauration, l'entretien des locaux et des espaces verts, la gestion ou la location de main d'œuvre et dans les prestations intellectuelles les études, les conseils, les audits et la formation.

Le contrat de marché public doit répondre à certaines caractéristiques pour jouir de cette qualification.

## **2. Caractéristiques des marchés publics**

### a) Un Contrat répondant aux besoins du pouvoir adjudicateur

Les marchés publics sont des contrats consacrant l'accord de volonté entre deux parties dotées de personnalité juridique. Une décision unilatérale ne peut donc pas être un marché car ne présentant pas l'obligation de consensualisme.

L'objet du marché doit être précisé sans ambiguïté et répondre à un besoin identifié de l'autorité publique.

Les marchés publics sont des marchés administratifs à l'exception de ceux passés par les sociétés nationales et les sociétés anonymes à participation publique majoritaire qui demeurent des contrats de droit privé.

### b) Un contrat à titre onéreux

Les prestations doivent être effectuées en contrepartie d'un prix. Lorsque la rémunération du cocontractant de l'administration est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation d'un service ou d'un ouvrage, le contrat ne peut être qualifié de marché public. Dans la majorité des cas, le marché donnera lieu au versement d'une somme d'argent par la personne

publique. Lorsque l'administration bénéficie de prestations et que le versement effectué peut être regardé comme leur contrepartie, il constitue un prix, quelle que soit la qualification donnée par les parties : une subvention peut ainsi être requalifiée en prix et le contrat en marché.

Le prix n'est pas nécessairement payé par l'acheteur. Le caractère onéreux peut, en effet, résulter d'un abandon par l'acheteur public d'une recette née à l'occasion de l'exécution du marché. Il s'agira, par exemple, de l'autorisation donnée au titulaire d'un marché de mobilier urbain ou d'un marché d'édition d'un bulletin municipal, de se rémunérer par les recettes publicitaires qui en sont issues, ou encore de l'autorisation donnée au cocontractant de vendre le sable ou les graviers tirés d'un cours d'eau, dont il a effectué le curage ; L'acheteur public prendra garde, dans ce cas, au respect des principes de la comptabilité publique.

Ne sont pas des marchés publics, les contrats qui excluent une rémunération du cocontractant et se caractérisent, au contraire, par le versement, par celui-ci, d'une redevance ou d'un prix à l'administration. C'est le cas des contrats d'occupation du domaine public, des ventes de biens domaniaux ou encore des offres de concours. L'offre de concours est un contrat par lequel une personne intéressée à la réalisation de travaux publics s'engage à fournir, gratuitement, une participation à l'exécution de ces travaux. Cette participation peut être financière ou en nature (fourniture d'un terrain ou de main-d'œuvre ou réalisation

### **3. Contrat passé avec un opérateur économique public ou privé**

Le cocontractant de l'acheteur doit être un opérateur économique, c'est-à-dire une entité, quels que soient son statut juridique et son mode de financement, qui exerce une activité économique. Le Conseil d'État français a jugé que les collectivités publiques peuvent ne pas passer un marché public« lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel ».

Certaines commandes, à caractère social en particulier, peuvent ainsi être passées avec des organismes qui, compte tenu de la nature de leur activité et des conditions dans lesquelles ils agissent, ne peuvent être regardés comme des opérateurs économiques. Le contrat éventuel qui les lie alors à la collectivité ne peut être analysé comme un marché public. Une personne

publique peut se porter candidate à l'attribution d'un marché public. Toutefois, les modalités d'intervention de la personne publique candidate ne doivent pas fausser les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence entre cette entité publique et d'autres entreprises, afin de respecter le principe d'égalité d'accès à la commande publique et le droit de la concurrence. La personne publique, qui soumissionne, devra donc être en mesure de justifier, le cas échéant, que le prix proposé a été déterminé, en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, et qu'elle n'a pas bénéficié, pour déterminer ce prix, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public.

## **B- Différents marchés régis par le code des marchés publics**

### **1. Marchés inclus du champ d'application du code des marchés publics**

Selon l'article 3 CMP « les marchés passés en application d'accords de financement ou de traités sont soumis aux dispositions dudit code (Sous réserves de dispositions contraires prévues par lesdits accords ou traités internationaux).

Il en est de même pour la conclusion des contrats portant participation des cocontractants (visés à l'article 10 du code des obligations de l'administration sénégalaise) de personnes publiques à l'exécution d'un service public qui est soumise aux règles de passation et de contrôle du code des marchés publics.

N'ayant pas d'énumération exhaustive des différents marchés soumis au CMP, le code des marchés définit, à contrario, les prestations passées par les autorités contractantes qui ne relèvent pas du code des marchés publics.

Il s'agit notamment :

- Des prestations de services concernant :
  - Les services d'arbitrage, de conciliation, d'assistance et de représentation juridiques
  - Les services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert des titres ou d'autres instruments financiers, en particulier les opérations

d'approvisionnement en argent ou en capital des autorités contractantes, et les services fournis par les banques centrales ;

- Les contrats de travail
- Les acquisitions aux enchères publiques
- Les acquisitions des missions diplomatiques et consulaires à l'étranger
- Les acquisitions des produits pétroliers à l'usage des véhicules administratifs, des titres de transport aérien ou maritime pour raison de mission, la réception et l'hébergement d'hôtes lors des sommets, les achats en période de rupture de stocks de médicaments, produits pharmaceutiques et produits essentiels.

En dehors des cas ci-dessus énumérés, tous les marchés publics doivent satisfaire aux règles de passation et de contrôle du code des marchés publics.

## SECTION 2- FORMALISME DE LA PREPARATION LA PROCEDURE DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS

Il s'agit dans cette partie de traiter du dimensionnement des paramètres des marchés par l'autorité contractante.

Cette étape obligatoire consiste en la définition des besoins ainsi que les moyens de leur financement, l'étude des documents constitutifs et le contenu des marchés, enfin la fixation de la durée des marchés et de leur prix.

### **Paragraphe 1 : Détermination des besoins et leurs moyens de financements**

Ce sont des exigences rappelées aux articles 5, 6 et 7 du code des marchés publics.

Ainsi « avant tout appel à la concurrence, consultation ou négociation, l'autorité contractante est tenue de déterminer aussi exactement que possible la nature et l'étendue des besoins à satisfaire. Les fournitures, services ou travaux qui font l'objet de marchés doivent répondre exclusivement à ces besoins ». Une définition précise du besoin est la garantie de la bonne

compréhension et de la bonne exécution du marché. Elle permet de procéder à une estimation fiable du montant du marché.

Le choix de la procédure à mettre en œuvre est déterminé en fonction du montant et des caractéristiques des prestations à réaliser. C'est pourquoi il est indispensable de procéder, en amont, à une définition précise des besoins. De cette phase préalable essentielle dépend le choix de la procédure et la réussite ultérieure du marché. Ont été, par exemple, considérés comme des manquements à la définition des besoins : la sous-estimation des quantités du marché, le renvoi de la définition de certains besoins à un dispositif ultérieur, la possibilité pour les candidats de proposer des « services annexes » non définis

Une bonne évaluation des besoins et, par suite, une définition très précise de ces besoins dans les documents de la publicité ne sont pas uniquement une exigence juridique, mais également une condition impérative, pour que l'achat soit effectué dans les meilleures conditions. A titre d'exemples, l'objet du marché ne saurait se réduire à la seule mention de « Prestations informatiques », lorsqu'il s'agit de prestations de tierce maintenance applicative d'un programme donné, ou de « Prestations de services juridiques », lorsqu'il s'agit d'un marché de représentation en justice.

Par « besoins » du pouvoir adjudicateur, on entend, non seulement, les besoins liés à son fonctionnement propre (ex : des achats de fournitures de bureaux, d'ordinateurs pour ses agents, de prestations d'assurance pour ses locaux, etc.), mais également les besoins liés à son activité d'intérêt général et qui le conduisent à fournir des prestations à des tiers (ex marchés de formation et d'insertion ; marchés de transport scolaire).

La définition des besoins doit prendre en compte les exigences du développement durable et, en particulier, les exigences sociales et environnementales. Ces exigences peuvent être appréhendées par référence à des labels ou à leur équivalent.

Pour être efficace, l'expression des besoins impose :

- l'analyse des besoins fonctionnels des services sur la base, par exemple, d'états de consommation ;

- la connaissance, aussi approfondie que possible, des marchés fournisseurs, qui peut s'appuyer, par exemple, sur la participation de l'acheteur à des salons professionnels ou sur de la documentation technique ;
- la distinction, y compris au sein d'une même catégorie de biens ou d'équipements, entre achats standards et achats spécifiques ;
- lorsqu'elle est possible, l'adoption d'une démarche en coût global prenant en compte, non seulement le prix à l'achat, mais aussi les coûts de fonctionnement et de maintenance associés à l'usage du bien ou de l'équipement acheté

En cas d'incertitude sur la régularité ou l'étendue des besoins, le code prévoit dans ce cas, la possibilité de recourir à des accords-cadres ou à des marchés à bons de commande, qui permettent de définir les besoins à mesure de leur apparition. Ces contrats peuvent être conclus sans minimum ni maximum.

En cas d'incapacité à définir précisément les moyens propres à satisfaire les besoins l'acheteur peut recourir à la procédure du dialogue compétitif. Il n'est alors pas tenu de rédiger un cahier des charges complet, ni définitif. La consultation est alors lancée sur la base du projet partiellement défini ou du programme fonctionnel. « Lors de l'établissement de leur budget, les autorités contractantes évaluent le montant total des marchés de fournitures par catégories de produits, des marchés de services et des marchés de travaux qu'elles envisagent de passer au cours de l'année concernée et établissent un plan de passation des marchés comprenant l'ensemble de ces marchés » (art 6 CMP).

## **Paragraphe 2 : Les documents constitutifs et contenu des marchés**

Avant de voir les mentions obligatoires du contrat de passation de marchés, nous étudierons les pièces constitutives du dossier de candidature.

### **A- Pièces constitutives du dossier**

Les marchés doivent respecter à peine de nullité absolue, un certain formalisme dans rédaction et sa présentation.

En effet, aux termes des articles 10, 11 et 12 CMP, « les marchés sont conclus sous forme écrite et font l'objet d'un dossier unique dont les cahiers des charges et la soumission sont des éléments constitutifs. Les pièces constitutives du marché doivent contenir toutes les indications propres à faciliter son objet aux candidats... ». Elles doivent ainsi être conformes au dossier type adopté par l'ARMP.

Il s'agit en sus de la soumission ainsi que de l'engagement de ne pas procurer un avantage indu en vue d'obtenir le marché, de la fourniture de documents généraux et documents particuliers que sont :

- les cahiers des clauses administratives générales (CCAG)
- les cahiers des clauses techniques générales (CCTG)
- les Cahiers de prescriptions spéciales (CPS)
- les Cahiers des clauses administratives particulières (CCAP)
- les Cahiers des clauses techniques particulières (CCTP)

#### B- L'exigence de mentions obligatoires

Les marchés définissent les engagements réciproques des parties contractantes et doivent contenir les mentions suivantes :

- l'indication des parties contractantes (Avec toutes les informations requises dans les critères d'éligibilité) ;
- la définition de l'objet du marché ;
- la référence aux articles en vertu duquel le marché est passé ;
- l'énumération par ordre de priorité des pièces constituant le marché ;
- le montant du marché et le mode de détermination de son prix conformément au code des marchés publics ;
- les conditions de réception et, le cas échéant, de livraison des fournitures, services ou travaux ;

- les conditions de règlement et de domiciliation bancaire où les paiements seront effectués ;
- la référence aux assurances couvrant la responsabilité civile professionnelle du titulaire du marché ;
- les modalités de règlement des litiges ainsi que l'approbation de l'autorité contractante ;
- les signatures de la personne responsable et du titulaire du marché.

### **Paragraphe 3 : La Fixation de la durée et du prix des marchés**

#### **A- Durée des marchés**

La durée du marché constitue la période de validité du contrat durant laquelle le titulaire exécute les prestations, réalise les travaux ou livre les fournitures objet du marché. La durée du marché se calcule, selon les stipulations du contrat, de la date de notification ou de la date d'effet jusqu'au terme fixé ou jusqu'à la date de réalisation ou de garantie des prestations. Le marché peut prévoir une durée ferme ou une ou plusieurs reconductions. Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice fixe la durée d'un marché ainsi que, le cas échéant, le nombre de ses reconductions, en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique.

Selon l'article 14 CMP « la durée du marché est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique ».

- *les marchés afférents à des programmes d'investissement*, d'entretien et de maintenance d'équipements complexes peuvent être contractés sur plusieurs années dans les limites des autorisations de programme et des crédits de paiement contenus dans les lois de finances ou dans les budgets des autorités contractantes.
- Les marchés de gestion et d'entretien par niveau de services qui se fondent sur une obligation de résultat peuvent être contractés pour une durée allant jusqu'à trois (3) ans.

- Les marchés relatifs à l'acquisition de manuels scolaires peuvent être conclus pour une durée d'un (1) an renouvelable annuellement par avenant sur une période pouvant aller jusqu'à cinq (5) ans.

## **B- La fixation du prix des marchés**

### 1. Décomposition du prix des marchés

Un marché public étant toujours conclu à titre onéreux, les prestations doivent être effectuées en contrepartie d'un prix. Celui-ci correspond généralement au versement d'une somme d'argent par le pouvoir adjudicateur au titulaire, en contrepartie des prestations qu'il exécute. Les prix des marchés sont réputés couvrir toutes les dépenses qui sont la conséquence nécessaire et directe des travaux, de la fourniture ou du service, y compris tous droits, impôts et taxes applicables, sauf lorsqu'ils sont expressément exclus du prix du marché ou qui font l'objet d'une exonération. Ils sont réputés assurer un bénéfice au titulaire. En cas d'exonération d'impôts ou de taxes, les marchés concernés doivent viser les textes législatifs ou réglementaires, et les conventions prévoyant ces exonérations.

### 2. Modes de détermination des prix des marchés

Les prix des marchés se présentent sous deux modalités selon qu'il s'agit :

- Des prix forfaitaires, prix unitaires et prix sur dépenses contrôlées ;
- ou des prix fermes et des prix révisables.

#### a) Prix forfaitaires, prix unitaires et prix sur dépenses contrôlés (articles 16,17 et 18 CMP)

Le prix forfaitaire est celui qui rémunère le titulaire pour une prestation ou un ensemble de prestations, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées. Cette forme de prix est recommandée pour les prestations dont la consistance (en contenu et en quantité) peut être définie avec précision, au moment de la conclusion du marché et qui forment un ensemble. Elle est, notamment, utilisée dans les marchés industriels, dans les marchés d'études, dans les marchés de travaux ou encore à chaque fois que la prestation constitue un ensemble cohérent et non sécable (par ex : un marché de nettoyage pour des prestations identiques, mais sur

différents sites). Les candidats à un marché à prix forfaitaire doivent évaluer l'étendue des obligations qu'ils devront honorer. En effet, le titulaire s'engage à effectuer une prestation pour le forfait proposé, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées. Dans ce cas, l'acheteur public ne peut pratiquer une réfaction sur le prix en cas de diminution des quantités mises en œuvre. A l'inverse, le titulaire ne peut obtenir un supplément de prix, au motif que les quantités livrées pour la prestation sont supérieures à celles qu'il avait prévues.

Le prix unitaire est le prix à l'unité d'une prestation précisément définie dans les documents contractuels. Il est appliqué aux quantités livrées ou exécutées. Cette forme de prix est plutôt utilisée dans les marchés de fournitures courantes ou de services courants à bons de commande (ex : fournitures de bureau, denrées alimentaires). Il l'est aussi dans les marchés de travaux, quand le pouvoir adjudicateur ne connaît pas, à l'avance, les quantités à mettre en œuvre.

En fonction de l'objet du marché et de la nature des prestations à effectuer, il peut s'avérer nécessaire de combiner les deux formes de prix, au sein d'un même marché. Cette combinaison est fréquente, chaque fois que l'on peut décomposer le contenu du marché entre une prestation permanente et des prestations ponctuelles (services itératifs) : par exemple, dans un marché d'entretien d'équipements techniques, la maintenance préventive est forfaitaire, et la maintenance corrective (les prestations de dépannage) est traitée sur devis, sur la base de prix unitaires ou, dans un marché de travaux les fondations sont payées sur la base de prix unitaires et la superstructure est traitée au forfait. Dans cette hypothèse, le marché devra préciser et individualiser clairement les prestations relevant respectivement du prix forfaitaire et du prix unitaire, afin d'éviter tout litige ultérieur. Par abus de langage, on utilise parfois la formule « prix mixte » pour indiquer qu'un marché combine des prix unitaires et des prix forfaitaires. Le « prix mixte » n'est pas une forme de prix.

Le prix sur dépenses contrôlées est celui dans lequel les dépenses réelles et contrôlées engagées par l'entrepreneur, le fournisseur ou le prestataire de services pour réaliser l'objet du marché lui sont intégralement remboursées par l'autorité contractante qui y ajoute un coefficient de majoration destiné à couvrir les frais généraux, les impôts et taxes ainsi qu'une marge bénéficiaire.

Le marché devra toutefois indiquer la valeur des différents éléments qui concourront à la détermination du prix de règlement dans la limite du maximum fixé par les cahiers de charges.

b) Prix fermes et prix révisables (articles 19 et 20 CMP)

Le choix entre un prix ferme ou un prix révisable est un choix difficile pour l'acheteur. En théorie économique, le prix révisable est le plus respectueux des intérêts des deux Parties : il garantit l'équilibre économique, supposé parfait, du contrat initial, par l'application à la hausse comme à la baisse de la clause de révision contractuelle.

Dans la pratique, peuvent jouer d'autres logiques (budgétaire par exemple) ou des contraintes particulières (pas d'indices représentatifs de la prestation).

Principe retenu par le code des marchés publics : Le recours au prix ferme dans un marché public est limité au cas où « cette forme de prix n'est pas de nature à exposer à des aléas majeurs les parties au marché, du fait de l'évolution raisonnablement prévisible des conditions économiques pendant la période d'exécution des prestations » (article 20 CMP) ; dans les autres cas, il faut prévoir une révision du prix.

Plusieurs éléments doivent être systématiquement examinés pour déterminer s'il convient de retenir un prix variable : parmi les principaux figurent la nature même des prestations achetées, la durée du marché, l'existence (ou l'inexistence) de références suffisantes pour constituer une formule de variation de prix, la simplicité des opérations de règlement, les moyens de l'acheteur public (et de l'entreprise) et l'absence d'incertitude budgétaire.

Le premier élément tient à la nature même des prestations achetées. Si les prestations sont courantes, non spécifiques à un acheteur public, et que leurs prix ont évolué de manière cohérente avec l'ensemble des prix à la consommation, sur une durée suffisamment longue (3 à 5 ans serait une bonne référence), elles sont peu susceptibles de faire l'objet de hausses importantes et brutales, qui ne pourraient pas être raisonnablement anticipées par les Parties.

On sait que les coûts de main d'œuvre sont généralement moins susceptibles de variations brutales que certaines matières premières, par exemple, bien que la probabilité de ces hausses soit très forte. Cela concerne un grand nombre de marchés.

Si les prestations ne sont pas courantes, l'acheteur public doit s'interroger sur l'évolution prévisible des éléments qui composent la prestation. En cas de doute, il doit peser le risque d'une dérive importante des prix, pendant la durée d'exécution du marché.

La présence dans les prestations d'un élément ayant fait l'objet de fluctuations fortes (en référence à l'article 20 CMP), même il y a plusieurs années, doit conduire l'acheteur public à envisager une révision des prix. Enfin, pour « les marchés d'une durée d'exécution supérieure à douze 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 », la révision de prix s'impose de droit (articles 21 al.1 du CMP), avec, au moins, une référence aux indices officiels de fixation des cours de la fourniture (ou de la matière première) concernée. Pour que la formule de révision soit représentative, elle devra également tenir compte des principaux autres éléments constituant la prestation : la part de main d'œuvre ne devant pas être omise.

## CHAPITRE II : LA PROCEDURE DE PASSATION DES MARCHES PUBLICS

### SECTION 1 : ORGANES DE DECISIONS DANS LES PROCEDURES

#### **Paragraphe 1. La dévolution du pouvoir de décision dans les passations de marché**

Il s'agit d'étudier dans cette section la personne responsable du marché d'une part, et des autorités chargées de l'approbation du marché.

#### **A- La personne responsable du marché**

##### **1. Définition**

La notion de personne responsable du marché ne doit pas être confondue avec la notion de personne publique acheteuse, qui correspond au pouvoir adjudicateur au sens des directives communautaires. La qualité de personne responsable du marché est exclusivement

administrative et fonctionnelle. Le rôle de la personne responsable du marché est de choisir, dans le respect des règles de droit en vigueur, la procédure d'achat appropriée et de la mener à bien sous sa responsabilité.

La personne responsable du marché (PRM) était, avant l'entrée en vigueur du Code des marchés publics, le représentant légal de l'acheteur public dans le cadre d'un marché public. Les personnes responsables du marché disposaient d'une très large autonomie et de pouvoirs importants tant dans la préparation des marchés et dans leur passation que dans leur exécution.

### **3. Différentes personnes retenues par le code des marchés publics**

Aux termes de l'article 28 du code des marchés publics, les personnes responsables des marchés chez les différentes autorités contractantes sont respectivement :

- Pour les marchés de l'Etat et dans chaque département ministériel concernant la région de Dakar, le ministre chargé du département concerné à la qualité de responsable de marché ;
- Pour les marchés de l'Etat passés dans les régions autres que la région de Dakar, la qualité de responsable est octroyée au Gouverneur de la région ;
- Pour les marchés des collectivités locales, les personnes morales se retrouvent en les personnes des présidents de conseil départemental et les maires ou leurs représentants dûment habilités ;
- Pour les marchés des établissements publics, agences et autres organismes ayant la personnalité morale visée à l'article 2.1 d CMP, l'organe exécutif désigné conformément aux règles qui leur sont applicables ;
- Pour les marchés des sociétés nationales et des sociétés anonymes à participation publique majoritaire, le Directeur général, quel qu'en soit le montant.

### **B- Autorités chargées de l'approbation des marchés**

L'acte d'approbation, matérialisé par la signature de l'autorité compétente à ce titre, est la formalité administrative nécessaire pour donner effet au marché public. Il faut seulement préciser qu'il ne peut y avoir cumul entre les fonctions d'autorité signataire et d'autorité approbatrice.

## **1. L'autorité approbatrice des marchés de l'Etat**

Elle est désignée en fonction des seuils atteints par les montants des marchés à conclure.

- Pour les marchés dont le montant est égal ou supérieur à 300 000 000 FCFA, l'autorité approbatrice est le Ministre chargé des finances ;
- Pour les marchés compris entre 100 000 000 et 300 000 000 FCFA, il s'agit du Ministre dépensier ;
- le Gouverneur de région est chargé de l'approbation des marchés inférieurs à 100 000 000 FCFA à l'exception de la région de Dakar pour laquelle cette fonction est dévolue au Ministre dépensier ;

### 1) L'approbation des marchés des collectivités locales

Leur approbation revient au Représentant de l'Etat en fonction de la taille des budgets de fonctionnement et des marchés

- Pour les départements : tout marché d'un montant égal ou supérieur à 100 000 000 FCFA
- Pour les villes et communes selon le budget alloué on aura :

-Pour la ville de Dakar, communes et chefs-lieux de région et communes d'un budget égal ou supérieur à 300 000 000 FCFA : tout marché égal ou supérieur à 50 000 000 FCFA

-pour les autres communes : tout marché égal ou supérieur à 15 000 000 FCFA

Les marchés inférieurs aux seuils ci-dessus ne sont pas soumis à la formalité d'approbation définie à l'article 29 CMP

## **2. Les marchés des établissements publics, agences et autres organismes au sens de l'article 2 CMP**

Ils sont approuvés soit par le Ministre chargé des finances lorsque le montant du marché est supérieur ou égal à 300 000 000 FCFA, soit le Président du conseil d'administration ou de l'organe délibérant pour les marchés d'un montant égal ou supérieur à 100 000 000 FCFA

mais n'atteignant pas 300 000 000 FCFA, ou le Directeur ou l'organe exécutif équivalent pour les marchés inférieurs à 100 000 000 FCFA.

### **Paragraphe 2- les commissions des marchés et cellules de passation des marchés**

Il est exigé par le Code des marchés publics la mise en place au niveau de chaque autorité contractante une commission des marchés chargée de l'ouverture des plis, de l'évaluation et de l'attribution provisoire des marchés ainsi qu'une cellule de passation des marchés chargée de veiller à la qualité des dossiers de passation des marchés ainsi qu'au bon fonctionnement de la commission des marchés (art. 35 CMP).

La commission de passation être spécifique à une entité dans le cas des commandes individuelles. Toutefois, conformément à l'article 41 CMP, il n'est pas exclus la mise en place d'une commission interministérielle en cas de centralisation des commandes publiques afin de mettre en place des procédures d'achats groupés.

#### **A- Composition de ces entités**

##### **1. Commission des marchés**

Elles sont composées des représentants de l'autorité contractante dont le nombre et les conditions de désignation sont déterminés pour chaque catégorie d'autorité contractante par arrêté du Ministre chargé des finances après avis de l'ARMP, ainsi que des représentation des autres administrations et organismes concernés.

Dans le cas d'un transfert de la passation au profit d'un maître d'ouvrage délégué par la convention prévue à l'article 33 CMP, la commission sera constituée par les représentants du délégataire et le contrôle financier et aura pour rôles l'ouverture des plis, l'évaluation des offres et l'attribution provisoire du marché.

Dans le cadre des marchés groupés de commande, la commission des marchés comprend soit un représentant de toutes les autorités contractantes concernées, soit des représentants du coordinateur désigné par les autorités contractantes groupées selon les termes de l'accord de centralisation. Les membres de la commission des marchés sont nommés pour un an. Toutefois, il n'est pas exclus qu'il soit constitué une commission ad hoc justifiée par la nature et l'importance du marché.

Les commissions sont assistées dans leurs tâches par les cellules de passation.

## **2. Les cellules de passation**

Sur proposition de son président, la commission des marchés peut désigner un comité technique d'étude et d'évaluation des offres qui remet à la commission des éléments d'analyse et d'évaluation des offres ou faire participer à ses travaux, avec voix consultative, tout expert choisi en fonction de ses compétences particulières et de la nature des prestations objet du marché.

L'Agence de régulation des marchés publics, chargée du contrôle a priori des marchés, pourra aussi désigner des personnes qualifiées pour contrôler les opérations d'ouverture et d'évaluation des offres.

Il est impératif pour les membres des commissions, des cellules techniques ainsi que les experts que les règles relatives aux obligations de déclaration de conflit d'intérêt et de secret soient respectées.

### **B- Fonctionnement des commissions**

Les commissions se réunissent sur convocation du président adressée à ses membres au moins cinq (5) jours avant la date prévue pour la réunion. Les règles de quorum suivantes sont précisées à l'article 39 CMP. Ainsi, seront valables les réunions de commission dont :

- Pour les réunions des commissions des marchés portant sur l'adoption des rapports d'évaluation et des procès-verbaux d'attribution provisoire, le quorum de plus de la moitié des membres ayant voix délibérative est atteint. Si, après première convocation, ce quorum n'est pas atteint, lors de la nouvelle convocation la présence de deux de ses membres dont un représentant de l'autorité contractante suffira.
- Pour les séances d'ouverture des plis, la présence du président de la commission des marchés, du secrétaire de séances ainsi que des soumissionnaires, le cas échéant.

Il sera dressé au terme des réunions des procès-verbaux avec transcription des avis motivés sur l'évaluation des offres, ainsi que les observations particulières des membres.

## SECTION 2 : DEROULEMENT DES PROCEDURES DE PASSATION

Avant d'étudier les mécanismes proprement dits de passation des marchés, nous nous attarderons sur les règles applicables aux procédures

### **Paragraphe 1 : Règles applicables aux procédures de passation**

Seront étudiés successivement dans ce paragraphe :

- les seuils et champs d'application des procédures
- Les formalités de publicité et de communication
- la composition du dossier d'appel à la concurrence

#### **A-Seuils et champs d'application des procédures prévues au code des marchés publics**

Les seuils de passation de marchés par la procédure de l'appel d'offre ouverts sont fixés à l'article 53 du code des marchés publics. Ainsi, selon l'autorité contractante, il est fixé des seuils en fonction des prestations objets des marchés.

- Pour ce qui concerne l'Etat, les collectivités locales et les établissements publics sont régis par l'obligation d'appel à concurrence :
  - Les marchés de travaux dépassant un montant de 70 000 000 FCFA
  - Les marchés de services dépassant un montant de 50 000 000 FCFA
  - Les marchés de prestations intellectuelles supérieures à 50 000 000 FCFA
- Pour les marchés conclus par les sociétés nationales, les sociétés nationales à participation publique majoritaire et les agences ou autres organismes ayant la personnalité morale, mentionnés à l'article 2.1 CMP :
  - les travaux à partir de 100 000 000 FCFA
  - les services et fournitures courantes dépassant 60 000 000 FCFA

-Les prestations intellectuelles dépassant 60 000 000 FCFA

## **B-Règles de publication et communications**

### **1. Avis généraux et avis public**

Les procédures de passation de marchés publics sont soumises à des règles de publication et de communications définies aux articles 56 et 57 CMP. Ces règles consistent en l'émission d'avis généraux de passation de marché et des avis d'appel public à la concurrence.

Ainsi, les autorités contractantes sont tenues de publier chaque année un avis général recensant les marchés publics dont les montants estimés atteignent les seuils visés précédemment, qu'elles prévoient de passer par appel à concurrence durant l'exercice budgétaire conformément à leur plan de passation des marchés.

Chaque marché public à faire passer par appel d'offre devra être précédé d'un avis d'appel public à la concurrence dont le modèle type est fixé par voie réglementaire.

Ces avis feront l'objet d'une publication sur le portail électronique officiel des marchés publics et au moins dans un journal quotidien de grande diffusion, voire une publication électronique complémentaire.

Les formalités de publication devront, aussi, prendre en compte les seuils de publication communautaire selon les directives communautaire de l'UEMOA.

### **3. Les communications et échanges d'information**

Les communications et les échanges d'information devront être effectués par services postal public ou privé ou remis par porteur. La forme électronique n'est toutefois pas exclus pour la transmission par les autorités contractantes des offres ou, celle des demandes de participations adressées par les candidats.

Les communications veilleront à la préservation des données ainsi que la confidentialité des offres, et de leur transmission dans leur intégralité aux autorités contractante.

### **C- Le dossier d'appel à concurrence**

Le dossier d'appel à la concurrence contient la totalité des pièces et documents nécessaires à la consultation et à l'information des candidats selon la procédure choisie.

Les pièces constitutives du dossier sont :

- les pièces relatives aux conditions de l'appel à la concurrence : la référence à l'avis d'appel offres ou à l'avis d'appel à candidature, ou la lettre de consultation, ainsi que le règlement de la procédure, sauf si les informations figurant dans l'avis d'appel à la concurrence sont suffisantes eu égard à la procédure et au marchés concernés ;
- les pièces constitutives du futur marché, notamment projet, date de soumission, cahiers des prescriptions spéciales ;
- Les informations communiquées par l'autorité contractantes à titre indicatif en vue de faciliter l'établissement de leurs offres par les candidats.

### **SECTION 2 : LES MODES DE PASSATION DES MARCHES**

Le principe de passation de marchés publics, conformément au Code des marchés publics est la mise en concurrence. Les procédures dites de gré-à-gré ne peuvent être envisagées qu'à titre exceptionnel, dans des cas d'urgence ou d'unicité de prestataire par exemple.

L'Appel d'offres est donc la procédure la plus répandue pour réaliser une passation de marchés

#### **Paragraphe 1 : Le mécanisme de passation par appel d'offres**

L'Appel d'Offres est une procédure organisée par la Maîtrise d'Ouvrage d'un projet, afin de sélectionner le prestataire proposant les services ou expertises les plus adaptées à son besoin et au meilleur prix. Selon l'article 60 du Code des marchés publics « l'appel d'offres est la procédure par laquelle une autorité contractante attribue le marché sans négociation, après appel à la concurrence, au candidat qui remet l'offre conforme évaluée la moins-disant, sur la base de critères quantifiés en termes monétaires préalablement portés à la connaissance des candidats... »

#### **A. Typologie des appels d'offres autorisées par le code des marchés**

Selon l'alinéa 3 du même article 60 CMP : « l'appel d'offres ouverts constitue le mode de passation des marchés auquel les autorités contractantes doivent recourir par principe ». Cela n'exclue, toutefois, pas le recours, sous certaines conditions à l'appel d'offres restreint.

### **1. Le principe : l'appel d'offres ouvert**

#### a) Définition

L'appel d'offres ouvert est la procédure de passation des marchés publics à laquelle ont fréquemment recours les acheteurs publics. Elle est ainsi appelée parce que toute entreprise peut remettre une offre.

#### b) Formalités impératives

- L'avis d'appel d'offres : Tout appel d'offres ouvert est porté à la connaissance par publication d'un avis conforme aux dispositions de l'article 56 CMP, étudié en supra.

Cet avis devra, sous peine de nullité, faire connaître :

- L'objet du marché ;
- Le lieu et la date où l'on peut prendre connaissance des cahiers de charges ainsi que les modalités de leur acquisition ;
- Le lieu et la date limite de réception des offres ;
- Le délai pendant lequel les candidats restent engagés par leurs offres ;
- Les justifications à produire concernant les qualités et capacités exigées des candidats ;
- Le montant de la garantie de soumission à constituer ;

En cas de dossier incomplet, la demande des renseignements complémentaires doit être sollicitée par la personne responsable du marché dans un délai de dix jours au plus tard avant la date limite de dépôt des offres ; à charge pour les candidats de fournir lesdits renseignements dans un délai de cinq jours avant la date limite de dépôt des offres. A défaut l'ouverture des plis sera reportée.

- Ouverture des plis : A l'expiration des dates et heures limites de dépôt des offres, la commission des marchés est chargée de procéder à l'ouverture des plis. Seuls peuvent, alors être ouverts les plis reçus dans les délais.

Les plis sont ouverts en séance publique en présence des membres de la commission compétente à la date et à l'heure limites des dépôts conformément aux dispositions du marché.

L'ouverture des plis s'effectue en présence des candidats ou de leurs représentants, ainsi que des organismes de financement. Cette faculté fait l'objet de mention dans l'avis d'appel d'offre.

La procédure d'ouverture des plis se fait en tout respect des règles de concurrence et de transparence. Toutes les offres sont décomposées (Nom de chaque candidat, montant de chaque offre, etc.), afin d'en déterminer la moins disant.

## **2. Les exceptions : l'appel d'offre restreint, la procédure en cas d'urgence et l'appel d'offre avec concours**

Le pouvoir adjudicateur peut décider de limiter le nombre de candidats qui seront admis à présenter une offre (art.73 CMP). Il mentionne cette décision dans l'avis d'appel public à la concurrence. Il fixe dans cet avis un nombre minimum (trois) de candidats admis à présenter une offre et peut également fixer un nombre maximum. Ce nombre minimum ne peut être inférieur à cinq.

Le choix d'un appel restreint d'offre est, toutefois, soumis à un avis de la direction chargée du contrôle des marchés.

Lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de sélection des candidatures est inférieur au nombre minimum, le pouvoir adjudicateur peut continuer la procédure avec les seuls candidats sélectionnés.

Les cas de marchés pour lesquels un appel restreint peut être autorisé sont :

- Les marchés pour lesquelles, en raison de circonstances particulières, une action rapide de l'autorité contractante est nécessaire, justifiant la réduction des délais de réception des candidatures et des offres afin de prévenir un danger ou un retard préjudiciable. Dans

ce cas, le délai de réception est au moins égal à dix (10) jours pour l'appel national, et quinze jours pour l'appel d'offres international. Il devra être justifié par l'autorité contractante du caractère objectif de l'urgence ;

- Les marchés de travaux de fournitures ou services qui ne sont effectués qu'à titre de recherches, d'essais, d'expérimentation ou de mise au point ;
- Les marchés que l'autorité contractante doit faire exécuter en lieu et place des titulaires défaillants et à leurs frais et risques ;
- Les marchés qui ont donné lieu à un appel d'offres infructueux. En cas d'urgence ne résultant pas du fait du pouvoir adjudicateur, ce délai minimal peut être ramené à quinze jours ou à dix jours si l'avis a été envoyé par voie électronique.

Le recours à l'appel d'offres restreint n'exclue pas le respect des règles de la concurrence et de la transparence dans les marchés publics (publication, lettre de consultation, information des parties, etc.)

Les candidatures sont transmises par tout moyen permettant de déterminer de façon certaine la date et l'heure de leur réception et d'en garantir la confidentialité.

## **Paragraphe 2 : Les Marchés par entente Directe**

### **A- Définition**

Les marchés sont passés par entente directe lorsque l'autorité engage directement les discussions avec un ou plusieurs opérateurs économiques et attribue le marché au candidat qu'elle a retenu.

### **B- Conditions permettant le recours à ce type de marché**

Chaque fois qu'il est autorisé par le code, le recours au dialogue et à la négociation peut être utilement envisagé. Il doit permettre, en effet, d'obtenir un meilleur achat, dans le respect des règles de transparence.

- 1) Il faut d'abord préciser que cette modalité de conclusion des marchés est soumise pour certains types de marchés à l'autorisation de la Direction chargés du contrôle des marchés publics.

Les marchés soumis à cette autorisation préalable sont :

- soit des marchés destinés à répondre à des besoins qui, pour des raisons tenant à la détention d'un droit d'exclusivité, ne peuvent être satisfaits que par cocontractant déterminé ;
  - soit des marchés de fournitures, services ou travaux qui complètent ceux ayant fait l'objet d'un premier marché exécuté par le même titulaire, à la condition que le marché initial ait été passé selon la procédure d'appel d'offres, et ne porte que sur des fournitures, services et travaux ne figurant pas dans le marché initial mais qui sont devenus nécessaires, à la suite de circonstances imprévues et extérieures aux parties.
- 2) D'autres marchés nécessitent l'avis préalable de cette direction :
- Il s'agit des marchés de travaux, fournitures et services considérés comme secret au sens de l'article 76.2.i du code des marchés publics ;
  - Les marchés pour lesquels l'urgence n'est pas compatible avec les délais fixés au code des marchés ;
  - Les marchés passés dans le cadre de mesures de mobilisation générale et de mise en garde.

### **Paragraphe 3 : Cas des offres spontanées**

L'autorité contractante peut donner suite à une offre spontanée de fournitures, de réalisation de travaux ou de prestation de services lorsque celle-ci entre dans le cadre de ses missions et présente un intérêt général manifeste (art.81 CMP). Le recours à la négociation doit être expressément indiqué, dès le lancement de la procédure de consultation, dans l'avis de publicité ou dans les documents de la consultation, afin de permettre aux candidats d'en tenir compte lors de l'élaboration de leur offre.

Il ne peut pas « *se réserver le droit de recourir à la négociation* », empêchant alors toute anticipation et toute prise en considération de la procédure qui sera, in fine, mise en œuvre pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse. Dès lors qu'il a expressément prévu le recours à la négociation, l'acheteur public est obligé de négocier. Il est vivement recommandé de faire porter la négociation sur tous les éléments de l'offre, et pas seulement sur le prix. La négociation doit être menée avec tous les candidats ayant remis une offre, sauf

si le règlement de la consultation ou les documents en tenant lieu précisent que la négociation ne sera menée qu'avec un nombre limité de candidats. Dans ce cas, l'acheteur doit indiquer les critères sur le fondement desquels il sélectionnera les entreprises admises à négocier, en indiquant leur nombre.

Le recours à la négociation ne sera valable, après avis obligatoire de la Direction en charge des marchés publics, lorsque les conditions cumulatives suivantes sont réunies :

- Le montant estimatif du marché est égal au moins à 50 Milliards ;
- Le financement intégral est apporté par l'entreprise ;
- Le respect de la norme des 10% du marché à faire sous-traiter par une entreprise locale lorsqu'on est en présence d'une entreprise non régie par le droit communautaire de l'UEMOA

La demande d'avis est complétée par un dossier administratif comprenant des pièces à joindre.

En cas d'avis non favorable de la DCMP, il peut être saisi le Comité de règlement des Différends d l'ARMP.

### SECTION 3 : ACHEVEMENT DE LA PRODECURE DE PASSATION

Il s'agit pour l'autorité contractante, d'une part de donner sa décision d'attribution du marché et de se conformer aux obligations de publication, avant de procéder au règlement du marché conformément aux clauses négociées. L'achèvement de la procédure ne manque, toutefois, pas dans certaines circonstances de faire naître un contentieux dont la gestion est strictement réglementée

#### **Paragraphe 1 : Décision d'attribution et formalités de publication**

##### **A- La décision d'attribution**

La commission des marchés, compétente dresse dans un délai de 3 jours suivant ses travaux d'évaluation, un procès-verbal dans lequel elle relate les circonstances de son analyse, y compris la position motivée de chacun de ses membres et fait une proposition de classement

d'offres qui ne peut être rendue publique, ni communiquée aux candidats ou quiconque n'ayant pas la qualité pour participer à la procédure.

La proposition est transmise à l'autorité contractante qui a un délai de 3 jours, en cas de non approbation pour saisir la DCMP (qui doit également être saisi pour avis même en cas d'approbation). L'approbation achève la procédure de passation des marchés.

Après cette approbation, il sera ainsi donné information aux différents concurrents de leur choix ou non.

### **B- Informations et publication**

Les marchés régulièrement passés sont transmis à la DCMP avant leur notification à l'attributaire par l'autorité contractante. La notification consistera en une remise au titulaire contre récépissé ou en un envoi par lettre recommandée avec accusé réception ou par tout moyen permettant de donner date certaine. La date de notification est celle du récépissé ou de l'avis de réception, marque la prise d'effet à l'égard de l'attributaire du marché.

Dans les quinze (15) jours suivant la notification, l'autorité contractante devra publier un avis d'attribution dans le portail des marchés publics.

### **Paragraphe 2 : Les modalités de paiement des marchés**

Seul le comptable public du pouvoir adjudicateur est compétent pour payer les prestations d'un marché public. Néanmoins, il est nécessaire que le pouvoir adjudicateur assure un suivi précis et rigoureux de l'exécution des marchés afin d'éviter, notamment, toute dérive financière. Le titre IV du code énumère différentes mesures facilitant le financement des opérateurs économiques, tout en assurant la protection des intérêts financiers des pouvoirs adjudicateurs, c'est-à-dire des deniers publics.

#### **A- Les avances**

L'octroi des avances a pour objet de faciliter l'exécution des marchés et d'assurer l'égalité d'accès aux marchés entre les entreprises qui disposent d'une trésorerie suffisante pour démarrer l'exécution des prestations et celles qui n'en disposent pas. Cependant, le

montant de cette avance ne peut pas excéder, conformément à l'article 94 CMP, 60% du montant du marché initial.

### **B- Les acomptes**

A la différence des avances, les acomptes sont versés pour des prestations effectuées en cours d'exécution du marché : l'acompte rémunère un service fait. Le versement d'acomptes est un droit ; ils sont versés même en cas de silence du marché. L'acheteur doit vérifier que la prestation a été effectuée. Cette vérification est constatée par un document écrit qu'il établit lui-même ou vérifie et déclare accepter. La périodicité de versement des acomptes est de 3 mois maximum (l'article 98) Le dernier acompte ne doit pas être confondu avec le solde, qui, pour les marchés de travaux, ne peut être déterminé que lors de l'établissement du décompte général.

### **C- Le règlement pour solde**

Le règlement pour solde a pour effet le versement au titulaire des sommes dues au titre de l'exécution normale du marché, déduction faite des versements effectués à titre d'acomptes et d'avances de toute nature.

### **Paragraphe 3 : Le règlement du contentieux des marchés publics**

Il est recommandé de prévoir, pour toutes les catégories de marchés, une clause stipulant que le pouvoir adjudicateur désigne, dès notification du marché, une personne physique, de préférence sans lien hiérarchique avec les personnes chargées du suivi du dossier, qui sera habilitée à le représenter auprès du titulaire du marché. Ce représentant du pouvoir adjudicateur, qui constitue l'interlocuteur unique du titulaire du marché, peut avoir un rôle de médiation, afin de résoudre les difficultés qui pourraient apparaître, lors de l'exécution du marché.

La plupart des différends en cours d'exécution du marché sont réglés selon les procédures prévues par le cahier des charges. La persistance de différends importants ne doit pas conduire à une saisine systématique du juge. Plusieurs modes de règlement amiable sont à la disposition des acheteurs publics.

### **A- La médiation des marchés publics et la transaction**

La médiation des marchés publics, placée auprès du ministre chargée de l'économie, a pour mission de faciliter les relations entre les acheteurs publics et les entreprises. Elle peut être sollicitée pour toute entreprise ou tout donneur d'ordre en cas de problème rencontré lors de la procédure de passation ou en cours d'exécution d'un marché public, notamment en cas de retard de paiement. Le processus de médiation est simple, gratuit et totalement confidentiel.

### **B- La saisine du comité de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics**

C'est un organe consultatif de conciliation, qui peut être saisi de tout différent ou litige survenu au cours de l'exécution d'un marché public ou d'un accord-cadre.

### **C- L'arbitrage**

L'État, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux peuvent, pour la liquidation de leurs dépenses de travaux et de fournitures, recourir au tribunal arbitral dans les conditions prévues à l'acte uniforme de l'OHADA relatif à l'arbitrage.

Au terme de cette première partie, nous avons pu voir les différents enjeux liés à la passation des marchés. En effet, au travers de différentes règles fixées par le code des marchés publics, il nous a été précisé la volonté des pouvoirs publics d'entourer la passation des marchés publics des gages juridiques les plus précises aux fins d'atteindre la finalité principale : le défi de l'émergence.

Selon Henry FORD : « New York n'est pas la création des hommes,... mais celle des assureurs...sans les assurances, il n'y aurait pas de gratte-ciel...Sans les assurances, aucun capitaliste n'investirait des millions pour construire de pareils buildings... ».

Ainsi , en plus de la protection, par le Droit , des intérêts liés aux différents marchés, une place importante est donnée aux couvertures éventuelles d'assurance requises afin de préserver les investissements effectués contre un certain nombre d'aléas, dont la réalisation entraineraient des retards, voir cessations dans les délais et objectifs fixés dans le plan d'émergence.

**DEUXIEME PARTIE**

**LES SOLUTIONS D'ASSURANCES POUR LES MARCHES**

*Nous ne cesserons de rappeler les enjeux financiers liés à la réalisation des objectifs d'émergence des pays africains.*

*En effet les capitaux (en milliards de Francs) pour l'accomplissement des différents travaux, les différents moyens de financements assez complexes (Obligations d'Etat) sont autant d'éléments qui font qu'une attention importante doit être accordée à la couverture des risques inhérents aux passations des Marchés.*

*Dans le cadre de cette partie nous nous limiterons à l'étude des solutions d'assurances pouvant couvrir les marchés de travaux. Ces prestations occupant, et de loin, la plus importante part dans les différents marchés.*

*Si d'une part certains risques sont liés à la défaillance éventuelle des différents intervenants, d'autres sont rattachés aux désordres pouvant affecter.*

## CHAPITRE 1: L'ASSURANCE CONTRE LA DEFAILLANCE DES INTERVENANTS : L'ASSURANCE CAUTION

Nous procéderons à l'étude des fondements de l'assurance caution avant d'en étudier la technique

### SECTION 1 : FONDEMENTS DE L'ASSURANCE –CAUTION

Il conviendra ici, après les définitions d'usage et la catégorisation des différentes sortes de caution, de s'intéresser au régime juridique applicable dans les contrats de cautionnement.

#### **Paragraphe 1 : La notion de cautionnement**

##### **A-La notion de cautionnement**

##### **1. Définition**

« Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. »

Faute de définition précise par la loi, la définition usuelle fut celle retenue par la doctrine qui le définit comme : « un contrat unilatéral par lequel la caution s'engage envers un créancier à exécuter l'obligation du débiteur au cas où ce dernier ne le ferait pas ».

Les premières traces du cautionnement remontent à la Rome antique où on l'associait à la solidarité.

Selon l'article 13 de l'acte uniforme portant droit des suretés : « le cautionnement est un contrat par lequel, la caution s'engage, envers le créancier qui accepte, à exécuter une obligation présente ou future contractée par le débiteur, si celui-ci n'y satisfait pas ».

Le cautionnement est donc un contrat par lequel une personne dite caution s'engage à régler à un créancier la dette d'un débiteur si celui-ci ne s'exécute pas lui-même.

## **2. Caractères du contrat de cautionnement**

### **a) Clientèle du cautionnement**

Le cautionnement s'adresse, en général, aux débiteurs qui sont obligés de fournir des garanties en vue d'obtenir un crédit. La clientèle intéressée par le cautionnement est spécifique suivant les types de caution. À titre d'exemple, pour la caution professionnelle, nous pouvons citer les professions pour lesquelles les pouvoirs publics exigent une garantie pour avoir l'autorisation d'exercer. Parmi elles il y a le Courtage et les Agences de voyage. Il y a aussi des actes de cautionnement délivrés en vue de garantir les engagements pris par une entreprise pour l'exécution d'un marché (une PME, prestataire de service par exemple).

### **b) Le cautionnement : un engagement accessoire**

Le cautionnement est un engagement par signature. Cet engagement de la caution dépend de la relation de base, c'est-à-dire du contrat principal entre le donneur d'ordre (débiteur) et le créancier (bénéficiaire). Tout ce qui affecte l'engagement de base, revient sur le cautionnement. Par exemple si l'engagement de base n'a pas été exécuté, l'engagement de la caution devient sans objet ; Si l'engagement de base a été exécuté de moitié, l'engagement de caution le devient également de moitié ; Si l'engagement de base est éteint, le cautionnement est également éteint.

- **Donneur d'ordre** : personne physique ou morale à la demande de laquelle il est émis un acte de cautionnement.
- **Garant** : l'émetteur de l'acte de cautionnement. Cet acte n'est pas une assurance mais un engagement commercial unilatéral obéissant aux lois du bénéficiaire au même titre que n'importe quelle caution même émise par un particulier.
- **Bénéficiaire (le créancier)**: c'est la personne physique ou morale au profit de laquelle l'acte de cautionnement est émis.

## **B-Différents types de cautionnement**

Il existe plusieurs types de cautions, qui dépendent de la nature, de l'étendue et de la durée de l'engagement pris par la personne qui se porte caution.

### **1. La caution simple et la caution solidaire**

#### a) La caution simple

Elle n'est appelée à payer que si le débiteur principal ne peut le faire. A noter qu'il peut y avoir plusieurs cautions simples.

Le propriétaire, maître d'ouvrage ou l'établissement financier se retourne d'abord vers le débiteur principal (locataire ou emprunteur) pour tenter de récupérer les sommes qu'il doit. C'est seulement si celui-ci est insolvable et que les poursuites engagées contre lui sont infructueuses que la caution sera engagée.

Le « bénéfice de discussion » permet à la caution de ne pas payer à la place du débiteur si celui-ci n'a pas été poursuivi au préalable pour le paiement de sa dette. Mais si la caution simple a déclaré « renoncer au bénéfice de discussion » dans le contrat de cautionnement, elle se retrouve dans la même situation que la caution solidaire. Et s'il y a plusieurs cautions simples, chacune d'elles peut demander au créancier à être poursuivie que pour sa part de la dette, en application du « bénéfice de division ».

#### b) La caution solidaire

Elle est plus risquée car en cas de défaut de paiement du débiteur principal, elle peut être directement appelée par le bénéficiaire de la garantie (propriétaire bailleur ou établissement financier), sans passer par le débiteur principal.

C'est-à-dire que propriétaire bailleur ou l'établissement financier peut directement demander à la caution de payer la dette (loyer, charge ou échéances de crédit impayés). Il n'est pas nécessaire que le propriétaire bailleur ou la banque poursuive le locataire ou l'emprunteur pour engager la caution.

## 2. Caution directe et caution indirecte

C'est la distinction qui ressort des dispositions du Code CIMA.

L'article 328, fait une distinction entre deux sous branches qui composent la branche 15 « Caution » :

- La « caution directe » est une sûreté personnelle par laquelle une personne physique ou morale nommée "la caution" s'engage à l'égard d'une troisième dite "le bénéficiaire du cautionnement" à payer la dette d'une autre personne, débitrice principale, dite "la personne cautionnée", dans le cas où cette dernière faillirait à ses engagements.

Une confusion est souvent commise, qui consiste à dénommer le contrat "une caution" au lieu de "cautionnement".

Ce cautionnement peut être émis par toute société ou personne pourvu qu'elle ait la confiance du créancier.

- La « caution indirecte » encore appelée « Assurance caution » est une couverture destinée à tout émetteur de garanties contractuelles pour protéger son portefeuille de risques. L'acquéreur d'une assurance « caution indirecte » ne peut donc jamais être une entreprise autre qu'un garant par exemple la banque. l'acheteur de la garantie quelle que soit sa nature acquiert une garantie pour protéger des opérations de crédit.

La principale différence entre ces deux types de cautions réside dans le fait que la caution directe couvre directement l'engagement pris par le donneur d'ordre envers son créancier pour le tout ou partie de sa dette. La caution indirecte, quant à elle, est une assurance de caution, un assureur intervient pour couvrir le garant qui est l'émetteur de l'acte de cautionnement (par exemple une banque) pour les engagements pris en vue de garantir la dette des cautionnés.

Cette cession de la banque envers son assureur peut être due aussi à la limite d'engagement de ladite banque. Par exemple la banque peut choisir de conserver à sa charge 20% du montant des cautionnements souscrits par le donneur d'ordre et laisser les 80% à la charge de son assureur.

Contrairement à la caution directe, l'assurance caution est une opération d'assurance et non une opération de crédit.

L'assurance caution comme est toujours effectuée par une compagnie d'assurance contrairement à la caution directe qui peut être accordée par des structures autres que les compagnies d'assurances.

## **Paragraphe 2- régime juridique du cautionnement**

### **A- Validité du cautionnement**

#### **1 – Le consentement**

Le consentement doit être exprimé et ne doit pas être vicié.

Le consentement clair, exprimé : Le cautionnement étant un contrat passé entre le créancier et la caution, seul leur consentement est nécessaire, celui du débiteur est parfaitement inopérant. Le consentement du créancier soulève rarement des difficultés. En revanche, le consentement de la caution peut se révéler plus délicat à identifier et cela est d'autant plus dangereux que la caution est la seule partie qui s'oblige et qu'en pratique l'engagement porte sur des sommes qui peuvent être importantes.

Le consentement non vicié : Il s'agit des règles du code des obligations civiles et commerciales en matière de vices du consentement (erreur, dol.)

#### **– La capacité et le pouvoir**

Il s'agit de s'interroger sur le point de savoir, à l'inverse, si la société peut se porter caution pour la dette d'un tiers.

En droit, une société n'est pas une entreprise. Elle obéit à des caractéristiques particulières, résulte d'un contrat conclu entre les associés et dispose de la personnalité juridique, de sorte

qu'elle a une existence juridique (et donc un patrimoine) parfaitement distincte de celle des associés et du dirigeant social. Une société dispose d'une capacité spéciale, ce qui signifie qu'elle est créée dans le but particulier d'exercer son activité (objet social). En principe, les actes qui ne correspondent pas à l'objet social n'engagent pas la société. Une société n'est normalement pas constituée pour cautionner (sauf si c'est son objet). Par conséquent, une société ne devrait pas pouvoir cautionner les dettes d'autrui.

Néanmoins, cette solution ne peut être retenue juridiquement pour deux raisons :

*Raison économique:* A partir du moment où les sociétés (comme les entreprises) font partie d'une chaîne d'acteurs économique, toute difficulté de trésorerie affectant l'un des acteurs aura un impact sur les autres membres de la chaîne. C'est pourquoi il est bien souvent rentable pour une société de venir en aide à un client ou un fournisseur en garantissant, d'une manière ou d'une autre, ses dettes auprès d'un créancier.

*Raison juridique:* Le principe de spécialité (capacité spéciale) qui guide normalement toute entreprise connaît un certain nombre d'exceptions dans les relations avec les tiers. Une société ne doit prendre d'actes que si ils concernent son objet social. Cette règle ne souffre aucune exception pour ce que l'on appelle les sociétés à responsabilité illimitée, comme une SNC (les associés sont saisis quand la société n'a plus d'actifs). Il est donc logique que les actes ne concernant pas l'objet social n'engagent pas la société. En revanche, si la société est à responsabilité limitée (SARL, SA, SAS), les créanciers ne pourront pas poursuivre les associés. Dans cette situation, les actes ne correspondant pas à l'objet social engageront tout de même la société, dans un but de protection des tiers. Ces règles appliquées au droit du cautionnement montrent que des garanties peuvent parfaitement être données par une société même si ce n'est pas prévu dans l'objet social lors de la rédaction des statuts. Il y a donc incontestablement une situation dangereuse pour les sociétés à responsabilité limitée qui se porteraient garantes. C'est pourquoi le législateur est venu encadrer strictement les cautionnements donnés par ce type de sociétés. Ces sociétés sont donc concernées par des dispositions particulières dont deux qui nous intéresseront.

## **B- L'exercice du recours contre le bénéficiaire**

### **1/ le recours personnel**

Il repose sur les relations personnelles du débiteur et de la caution et tire les conséquences du service rendu par la caution. Ce recours est traditionnellement fondé sur le mandat tacite entre le débiteur et la caution, voir sur la gestion d'affaire lorsque la caution s'est engagée à l'insu du débiteur. Ce recours a pour objet le remboursement de ce que la caution a payé. Il peut également comprendre le paiement des frais engagés par la caution, voir l'indemnisation du dommage subi par celle-ci en raison de l'exécution de sa mission.

### **2/ le recours subrogatoire**

Il repose sur le mécanisme de la subrogation légale, c'est-à-dire que la caution est subrogée dans les droits du créancier. Mais à la différence du recours personnel, elle ne peut réclamer plus que ce qu'elle a payé. Cet inconvénient est compensé par le fait que la caution bénéficie de tous les accessoires qui garantissaient le créancier.

## **B/ recours avant paiement**

De manière tout à fait exceptionnelle, en cas d'insolvabilité avérée du débiteur ou en cas de prorogation du terme qui fait craindre que la caution ait à payer sans pouvoir bénéficier d'un recours utile contre le débiteur, le législateur permet à la caution de se prémunir contre l'insolvabilité du débiteur par une action préventive.

Ainsi la caution peut-elle prendre une mesure conservatoire contre le débiteur afin d'être assurée du paiement de ce qu'elle a payé pour son compte.

## **SECTION 2 : LE CONTRAT D'ASSURANCE CAUTION**

Comprendre les garanties du contrat d'Assurance Caution nécessite, au préalable, l'analyse des risques associés au cautionnement.

### **Paragraphe 1 : Les risques associés au cautionnement**

### **A- Erreurs d'appréciation des éléments techniques et financiers**

Il existe plusieurs raisons pour lesquelles les entrepreneurs de construction peuvent être aux prises avec des problèmes pouvant engendrer des situations d'insolvabilité les rendant ainsi incapables de respecter leurs engagements contractuels.

Il faut d'abord être conscient que la majorité de compagnies de construction sont de petites et moyennes entreprises, vulnérables à plusieurs facteurs de risques du secteur parmi lesquels on peut citer :

- Une ou des erreurs quant à l'émission d'un projet de construction ;
- Une mauvaise gestion de projet qui ne permettrait pas à l'entrepreneur de suivre adéquatement l'évolution des coûts de construction, imprévus et d'y apporter les correctifs requis à temps ;
- Des complications inattendues durant l'exécution d'un contrat telle que des conditions de sol beaucoup plus difficiles que les données fournies dans les études géotechniques ;
- Des pénuries de matériaux ou de main d'œuvre spécialisée ;
- Des devis erronés ou incomplets qui engendrent des coûts additionnels difficilement récupérables.
- Autres causes des défaillances des entrepreneurs : l'insolvabilité du donneur d'ordre relié à un financement inadéquat du projet, l'insolvabilité des sous-traitants et les coûts excédentaires pour les remplacer, suspension du crédit par la banque, et enfin le décès ou la maladie du principal actionnaire ou de l'homme clé de l'entreprise.

### **B- Conséquences pour le maître d'ouvrage**

Les conséquences pour le maître d'ouvrage du défaut d'un entrepreneur résultant de son insolvabilité sont nombreuses.

Si le contrat non complété est un bâtiment dans le secteur privé, l'enregistrement de l'hypothèque empêchera le promoteur de continuer à obtenir les déboursés progressifs de son prêt de construction.

Les retards occasionnels à l'échéancier de construction d'un complexe résidentiel ou commercial pourront décourager les acheteurs potentiels ou les locataires éventuels.

Les fournisseurs et les sous-traitants impayés peuvent bloquer les efforts faits par le propriétaire pour terminer son contrat.

Les coûts pour faire compléter le contrat de construction peuvent devenir exorbitants et détruire la viabilité du projet, voire entraîner l'insolvabilité du propriétaire.

Enfin, si le projet de construction est destiné à un usage industriel, le retard sur l'échéancier créé par les problèmes d'insolvabilité d'un entrepreneur peut entraîner des coûts considérables au niveau du manque à gagner.

## **Paragraphe 2 : Les garanties du contrat d'assurance Caution**

### **A-Différentes garanties accordées**

Elles sont fonction des types de caution utilisés par les maître d'ouvrage et que doivent présenter les soumissionnaires ou les adjudicataires des marchés publics.

#### **1. Les garanties de soumission ou caution provisoire**

L'objet de cette garantie est parfaitement compréhensible car permettant au bénéficiaire de s'assurer que le débiteur ayant obtenu la soumission la plus basse signera le contrat définitif.

Un des but de ce cautionnement est de garantir que les soumissionnaires qui sont présentés par le débiteur seront crédibles et de bonne foi.

Ainsi lorsque l'entreprise n'exécute les obligations liées à l'engagement de soumission, la caution indemniser le bénéficiaire selon les termes de l'engagement.

#### **2. Les garanties d'avance de démarrage ou de restitution**

Ces cautions sont très fréquentes. En effet, il arrive que l'entreprise ayant gagné le marché doive avant de commencer les travaux acheter, acheminer du matériel sur place, constituer

une équipe d'étude, approvisionner les chantiers en matériaux, de telle sorte que l'administration publique accepte de payer un acompte au départ après la signature du contrat du marché.

Lorsque le contrat prévoit une telle avance, le maître d'ouvrage exigera une garantie correspondante au montant de l'avance et qu'il devra libérer. La garantie de l'assureur sera alors égale à 100% du montant de l'avance.

### **3. Les garanties de bonne exécution des travaux**

Elles sont pratiquement exigées dans tous les contrats de construction par les administrations publiques ou privés.

Le maître d'ouvrage qui va payer des montants importants à l'entreprise va devoir se couvrir notamment lorsque celle-ci suspend ou abandonne les travaux en cours d'exécution, ou commet des malfaçons qui l'entraînent à devoir être le débiteur de montants parfois importants.

Cette caution est exigée par le maître d'ouvrage en vue de lui garantir une exécution conformes aux conditions du cahiers des charges par une bonne exécution en termes de qualité et des délais prévus.

### **4. La caution de retenue de garantie**

Il s'agit d'une garantie aménagée pour couvrir certains vices de construction constatés entre la réception provisoire et la réception définitive (cette dernière doit intervenir au plus tard 12 mois après la réception provisoire).

#### **B. Les Critères de tarification du cautionnement**

L'assureur caution accorde une importance particulière aux caractéristiques des risques qu'il assure. En effet du fait de la particularité de ses engagements et obligations naissant de l'acte de cautionnement, il serait judicieux d'étudier à travers différents paramètres la qualité des risques assurés :

Il s'agit entre autres de la prise en compte d'éléments tels que :

- Les états financiers de l'assuré
- Le Montant de la caution
- Le Niveau d'endettement
- La Capacité d'endettement

Cette étude permet d'analyser le comportement du risque sur les exercices précédents, et de déceler les anomalies récurrentes qui auraient tendances à favoriser la réalisation du sinistre caution. En effet, une analyse minutieuse de tous ces éléments combinés peut permettre d'avoir une appréciation juste du comportement futur du risque.

### **C. Le sinistre en assurance caution**

Pour qu'il y ait réclamation en vertu du cautionnement, il doit y avoir défaut de l'entrepreneur et ce défaut doit être déclaré par le donneur d'ordre.

A la réception d'un avis de défaut, l'assureur procède à une investigation des circonstances entourant le défaut et consulte l'entrepreneur afin d'obtenir sa version des faits.

Dans le cautionnement général, si l'entrepreneur conteste qu'il est en défaut, et que ses arguments sont valables, la caution soutiendra généralement la position de ce dernier.

Avec le mécanisme de l'assurance, l'intervention de l'assureur se fera à première demande s'il est vraisemblable la défaillance de l'entrepreneur ; à charge pour lui d'exercer une action récursoire.

Les avantages de l'assurance caution sont évidents. Toutefois le contrat des assurances est soumis à des règles que ne connaît pas le cautionnement. Les causes de nullités, par exemple, telles que l'erreur, la fraude ou la crainte et lésion sont certes applicables, mais peu utilisées. En effet, le contrat d'assurance est régi par ses propres causes de nullité parmi lesquelles : la déclaration initiale de risque incomplète ou frauduleuse.

Des événements en cours de contrat peuvent également entraîner la déchéance des droits de l'assuré à l'indemnité.

Un tiers qui pouvait compter sur la solvabilité d'un assureur se trouverait ainsi dépourvu de couverture.

Malgré ces inconvénients, le maître d'ouvrage et le propriétaire subséquent gagneraient beaucoup de s'assurer ; lorsque l'évènement est prévu au contrat, l'assureur a obligation de défendre son assuré et indemniser la perte en son lieu et place. Ce qui entraîne un gain de temps et une économie d'argent.

L'assurance caution couvre certes les malfaçons ou l'insolvabilité dans certaines conditions, il persiste toutefois des désordres ou dommages pouvant affecter l'ouvrage ? Ces risques peuvent se réaliser pendant les travaux, une assurance serait idéale pour la reprise des travaux ; ils peuvent également ne survenir qu'après les travaux.

## CHAPITRE II : LE ASSURANCES CONTRE LES DESORDRES

### SECTION 1 : RISQUES ET DESORDRES LIES A LA CONSTRUCTION

#### **Paragraphe 1 : Les risques pendant la phase des travaux**

La phase d'identification des risques est cruciale dans le processus de gestion et de maîtrise des risques. En matière de construction, les projets sont des opérations complexes impliquant de nombreux acteurs, et pour lesquelles les facteurs de risques sont d'origines multiples.

Les pratiques des entreprises montrent que, même sur les projets complexes, rares sont les cas où le management des risques est réellement impliqué. L'entrepreneur est lié au maître d'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage. Au titre de ce contrat ; il est tenu envers son donneur d'ordre d'exécuter les travaux convenus dans les délais prévus. L'entrepreneur n'est pas un simple exécutant, il est acteur de la construction ; en effet, la réalisation par l'entrepreneur de l'ouvrage commandé, ne se limite pas seulement à l'assemblage des matériaux entre eux. Le choix des matériaux et leur contrôle accompagne l'exécution des travaux.

Deux situations se présentent ainsi selon que l'entrepreneur fournit ou non la matière. Dans notre étude, nous nous limiterons au cas le plus fréquent : l'entrepreneur fournit la matière.

Selon l'article 452 COCC «Si dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr, de quelque manière que ce soit, avant d'être livrée, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fût mis en demeure de recevoir la chose... »

A. L'obligation porte sur les seuls travaux de l'entrepreneur

C'est-à-dire l'ouvrage ou la partie d'ouvrage qu'il a réalisé, au moment de la perte et , en cas de travaux sur les existants, sur les travaux neufs réalisés par lui.

B. Dommages concernés ?

Tous les dommages quels qu'en soit l'origine (inexécution ou évènement extérieur). Cela englobe donc toute altération de l'ouvrage qui empêcherait sa livraison, conformément au marché passé par l'entrepreneur et son client. Selon le COCC, la perte signifie la destruction totale ou partielle d'une partie d'ouvrage ou de l'ensemble de l'ouvrage ainsi que les dommages quels qu'ils soient survenus en cours d'exécution sur l'ouvrage de l'entrepreneur.

C. Quels sont les évènements qui peuvent être à l'origine des dommages concernés ?

En principe, tous les évènements sont considérés, aucune cause n'étant exclue, même le cas de force majeure.

L'ouvrage de l'entrepreneur pourra avoir été atteint par un incendie, un vol, par un acte de vandalisme aussi par un attentat, une catastrophe naturelle, une tempête... cela peut aussi être un défaut de la construction (ex : désordre inesthétique... ou le fait d'un autre entrepreneur. .

D. Qui supporte les risques de pertes de l'ouvrage avant réception ?

C'est l'entrepreneur pour ses travaux jusqu'à la livraison au client. Ceci a pour conséquences que l'entrepreneur supporte les risques de l'ouvrage qui lui a été commandé face au maître d'ouvrages.

Cette responsabilité court du commencement des travaux jusqu'au moment où l'ouvrage est en état d'être livré au maître d'ouvrage. Le terme réception a tendance à recouvrir automatiquement le terme de livraison.

Pour se décharger de sa responsabilité, l'entrepreneur doit apporter la preuve que les travaux étaient en état d'être livrés et qu'il l'avait fait savoir au maître d'ouvrage (clause de prise de possession insérée au contrat).

### **Paragraphe 2 : les risques après la phase des travaux**

Les constructeurs sont responsables envers le maître ou l'acquéreur de l'ouvrage en cas de malfaçons affectant les travaux de construction réalisés. Ainsi, après la réception des travaux, on peut être confronté à 2 types de dommages : matériels et immatériels

#### **A. Les préjudices matériels**

Il s'agit de désordres affectant soit la « solidité » soit la « destination » de l'ouvrage :

Défaut de conception ou d'exécution provoquant des dommages à l'ouvrage et touchant à sa solidité : vice de sol, de fondations, de structure, de couverture, de clos et couvert, ou touchant à sa destination, terme ouvert à toutes les interprétations ... humidité, étanchéité, Il n'est pas certain que la loi ait ici apporté la sécurité juridique quant à la nature et à l'étendue de cette définition.

Pour ces préjudices, l'expertise technique a toute son importance, car les solutions de réparation, et donc de chiffrage du préjudice pour remise en état, en dépendent.

- le cas des sinistres sériels (matériaux révélés défectueux sur une multitude d'ouvrages souvent après des années de mise en œuvre) est à noter car les solutions de réparation peuvent n'être déterminées qu'après une longue période d'analyses techniques, souvent controversées.

- le chiffrage du préjudice est généralement arrêté après qu'un descriptif de travaux de reprise ait été fixé et que les parties aient procédé des devis.

#### **B. Les dommages immatériels**

Il s'agit ici des préjudices consécutifs à des désordres relevant de la garantie décennale et résultant de la privation totale ou partielle de jouissance de l'ouvrage.

L'Expert devra rechercher les éléments matériels classiques pour ce type de demande :

- existence du dommage immatériel
- lien de causalité
- analyse des documents d'exploitation ou de commercialisation

Comme souvent, les demandeurs ont quelquefois tendance à confondre chiffre d'affaires éventuel et préjudice réel.

Dans certains sinistres, le préjudice immatériel peut être plus important que le coût de réparation des désordres matériels, en raison en particulier des délais qui peuvent être mis à identifier les causes, à définir les solutions de réparation, et à exécuter celles-ci (cas des situations saisonnières ou cycliques).

La loi oblige à souscrire une assurance décennale pour couvrir cette responsabilité.

## SECTION 2 : LES GARANTIES D'ASSURANCES DES CONSTRUCTION

Les assurances des constructions se répartissent entre Assurance obligatoires et assurances non obligatoires.

### **Paragraphe 1 : Les assurances obligatoires**

L'assurance construction obligatoire repose d'une part sur l'assurance dommages ouvrage souscrite par le maître d'ouvrage, et, d'autre part, sur l'assurance décennale souscrite par les constructeurs.

Ces assurances obligatoires doivent impérativement être souscrites préalablement à l'ouverture du chantier. Les garanties obligatoires ne permettent de réparer que les dommages de nature décennale subis par l'ouvrage assuré. Le désordre doit être caché à la réception, et rendre impropre l'ouvrage à sa destination ou en compromettre la solidité. Les organismes de sécurité sociale, en tant que maître d'ouvrage, ne sont concernés que par l'assurance dommages ouvrage.

#### **A- L'assurance de responsabilité civile décennale du constructeur**

La garantie décennale est la garantie due par un constructeur et couvrant la réparation de certains dommages pouvant affecter une construction pendant une durée de 10 ans à compter de la réception des travaux.

En effet, pendant dix ans après la réception, les constructeurs sont responsables envers le maître de l'ouvrage des dommages, y compris ceux provenant d'un vice du sol, qui compromettent la solidité de l'ouvrage :

- affectent la solidité d'un de ses éléments indissociables. Un élément est considéré comme indissociable lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peuvent s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de l'ouvrage ;
- rendent l'ouvrage impropre à sa destination, celui-ci ne pouvant dans ce cas remplir la fonction à laquelle il est destiné.

Le champ de l'assurance décennale obligatoire est déterminé par la loi.

1°- Qui est tenu de souscrire une assurance obligatoire décennale ?

a) Les personnes soumises à responsabilité décennale

L'article L 241-1 du code des assurances, énonce qu'il s'agit de : « Toute personne physique ou morale, dont la responsabilité décennale peut être engagée sur le fondement de la présomption établie par les articles 1792 et suivants du code civil, doit être couverte par une assurance ».

Les personnes concernées sont celles que la loi (C. civ. art. 1792-1) qualifie de constructeur d'une part, ainsi que celles qui sont tenues de la garantie décennale en vertu d'autres dispositions légales faisant référence aux obligations instaurées par la loi du 4 janvier 1978.

On rappellera schématiquement qu'il s'agit :

-Des locateurs d'ouvrage traditionnels liées au maître d'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage (art. 1792-1) ; rappelons que les sous-traitants ne sont pas liés au maître de l'ouvrage, et ne sont donc pas considérés comme des constructeurs au sens de la loi. Dès lors ils ne sont pas non plus soumis à l'assurance décennale obligatoire.

-Du vendeur après achèvement d'un ouvrage qu'il a construit ou fait construire (C. Civ.art. 1792-1). Etant constructeur au sens de la loi, donc soumis à responsabilité décennale. Il est également soumis à l'assurance décennale obligatoire dès lors qu'il vend un ouvrage tel que défini par l'article L 243-1-1 du code français des assurances. Il n'y a pas de différence entre un vendeur particulier et un vendeur professionnel.

-Du vendeur d'immeuble à construire (L. 4 janv. 1978, précitée, art. 4 ; C. civ, art. 1646-1) ;

- Du mandataire accomplissant une mission assimilable à celle d'un locateur d'ouvrage (C. civ, art. 1792-1) ;

-Du contrôleur technique (L. 4 janv. 1978, précitée, art. 9) ;

-Du promoteur immobilier au sens de l'article 1831-1 du code civil (L. 4 janv. 1978, précitée, art. 5 ; C. Assur., art. L 241-2);

-Du constructeur de maisons individuelles (L. 4 janv. 1978, précitée, art. 6) ;

-Du fabricant d'EPERS (C. Civ., art. 1792-4). Etc. (Cf. infra – loi du 4 janvier 1978 – les garanties légales).

## 2° – Les personnes tenues de souscrire une assurance dommages ouvrage

La souscription de cette assurance s'impose à toute personne physique ou morale, qui réalise ou fait réaliser des ouvrages de construction, qu'elle agisse en qualité de propriétaire de l'ouvrage, ou de vendeur ou de mandataire du propriétaire de l'ouvrage . N'en sont pas tenues de cette obligation, d'une part, les personnes morales de droit public et, d'autre part, certaines personnes morales de droit privé ;

La dispense est subordonnée à deux conditions : la personne morale doit faire réaliser les travaux pour son propre compte et dans tous les cas, l'ouvrage de construction ne doit pas être à usage d'habitation.

## OLIGATOIRE : POUR QUELS TRAVAUX de CONSTRUCTION ?

A –Rappel de la situation antérieure à l’ordonnance du 8 juin 2005

La loi des assurances française imposait une couverture d’assurance à toute personne dont la responsabilité décennale pouvait être engagée « à propos de travaux de bâtiment ».

Même si le défaut de souscription de cette assurance est pénalement, aucune définition des travaux de bâtiment n’était donnée par la loi. Il est donc revenu à la jurisprudence d’éclairer la notion légale de travaux de bâtiment. Dans un premier temps, elle s’est appuyée sur la théorie de l’accessoire et a pu ainsi considérer comme travaux de bâtiment : des voies et réseaux divers (VRD) constituant une desserte privative d’un bâtiment ; une fosse à lisier ; une cuve de stockage d’un bâtiment industriel...

Puis elle a finalement procédé à une interprétation très extensive et très critiquée de la notion de travaux de bâtiment = les travaux faisant appel aux « techniques des travaux de bâtiment ». Et sous prétexte que les travaux considérés faisaient appel aux « techniques de travaux de bâtiment », des travaux de génie civil ont ainsi été qualifiés de travaux de bâtiment :

- la construction d’un mur de soutènement ( Cass. 1re civ. , 26 févr. 1991, Cass 1re civ., 31 mars 1993, Cass. 3e civ., 16 juin 1993) ;
- la construction d’une piscine découverte (Cass. 1re civ., 15 déc. 1993) ;
- la réalisation d’un court de tennis (Cass. 1re civ., 23 juin 1992, Cass. 1re civ., 9 mai 1994) ;
- la construction d’une station de métro (Cass. 1re civ. , 9 avr. 1991) ; la construction d’une dalle en béton armé destinée à supporter ultérieurement le montage d’une piscine préfabriquée (Cass. 1re civ., 30 janv.1996) ;
- la construction d’un silo à grains (Cass. 1re civ., 26 mars 1996).Ce critère des « techniques de travaux de bâtiment » faisait ainsi glisser dans le champ de l’assurance obligatoire nombre d’ouvrages de génie civil. C’est dans ce contexte que les constructeurs et les assureurs ont milité, pendant des années auprès des pouvoirs publics, pour obtenir une définition légale du champ de l’assurance obligatoire, afin de clarifier la situation. C’est aujourd’hui chose faite, grâce à l’ordonnance du 8 juin 2005 « portant modification de diverses dispositions relatives à l’obligation d’assurance

dans le domaine de la construction » qui définit le périmètre de l'obligation d'assurance décennale.

Désormais on s'attache à la notion de construction d'ouvrages soumis à responsabilité décennale en énumérant les ouvrages qui sont exclus de l'assurance décennale obligatoire.

B – Depuis 2005 : liste des ouvrages légalement exclus de l'assurance décennale obligatoire. L'ordonnance du 8 juin 2005 introduit dans le code des assurances une définition dont l'objectif est de mieux délimiter le périmètre de l'obligation d'assurance, par rapport à la nature des ouvrages, d'une part, et au regard du sort particulier des ouvrages existants, d'autre part.

Désormais pour déterminer si tels ou tels travaux sont soumis à assurance décennale obligatoire il faudra donc nécessairement se reporter à la définition légale suivante :

Ne sont pas soumis aux obligations d'assurance édictées par les articles L.241-1, L.241-2 et L.242-1 du code des assurances, les ouvrages maritimes, lacustres, fluviaux, les ouvrages d'infrastructures routières, portuaires, aéroportuaires, Héli portuaires, ferroviaires, les ouvrages de traitement de résidus urbains, de déchets industriels et d'effluents, ainsi que les éléments d'équipement de l'un ou l'autre de ces ouvrages.

Les voiries, les réseaux divers, les ouvrages piétonniers, les canalisations, les lignes ou câbles et leurs supports, les parcs de stationnement, les ouvrages de transport, de production, de stockage et de distribution d'énergie, les ouvrages de télécommunications, les ouvrages sportifs non couverts, ainsi que leurs éléments d'équipement sont également exclus des obligations d'assurance mentionnées au premier alinéa, sauf si l'un ou l'autre de ces ouvrages ou éléments d'équipement est accessoire à un ouvrage soumis aux obligations précitées.

Ces obligations d'assurance ne sont pas applicables aux ouvrages existants avant l'ouverture du chantier, à l'exception de ceux qui, totalement incorporés dans l'ouvrage neuf, en deviennent techniquement indivisibles. Cette nouvelle définition est conçue sur la base du « TOUT sauf... »

Le principe du « TOUT sauf... » Consiste à raisonner par négation. TOUT ouvrage inclus dans le domaine de la responsabilité décennale est soumis à l'obligation d'assurance décennale SAUF celui que la loi exclut expressément.

Cette définition ne révolutionne pas le domaine de l'assurance décennale obligatoire tel qu'on le connaît. Se trouvent toujours exclus les ouvrages de génie civil (infrastructures routières, aéroportuaires, fluviales, maritimes...) et les ouvrages liés au processus industriel (stockage d'énergie, recyclage des déchets...). Mais de nouveaux principes sont mis en place :

- Abandon total des notions de « travaux de bâtiment » et de « travaux de génie civil » qui disparaissent donc de la loi du 4 janvier 1978 (ce qui entraîne la modification d'un certain nombre de textes, cf. supra « garantie décennale » et « garantie de bon fonctionnement »),

- Deux références sont désormais utilisées, plus larges et déjà connues : « ouvrage » et « travaux de construction »,

- la théorie de l'accessoire est expressément visée dans la définition et permet de réintégrer certains ouvrages exclus dans le champ de l'assurance décennale obligatoire.

- Certains existants restent inclus dans le champ de l'assurance obligatoire, d'autres en sont exclus par la loi, tout en restant éventuellement soumis à la responsabilité décennale.

Une garantie « TOUT sauf... MAIS »

MAIS, car on doit également appliquer la théorie de l'accessoire (alinéa 2) pour réintégrer dans le champ de l'assurance certains des ouvrages exclus.

La théorie de l'accessoire « l'accessoire suit le principal » est un principe juridique ancien. Dans les années 80 les juges ont d'ailleurs eu recours à cette théorie dans le domaine de l'assurance construction, pour inclure dans le champ de l'assurance obligatoire certains ouvrages traditionnellement classés « génie civil ». L'effet s'est cependant limité à ce qui était privatif à une seule construction (ex : VRD accessoires à une maison).

Mais cette théorie s'est trouvée abandonnée à partir de 1991, quand la cour de cassation a étendu plus largement le champ de l'assurance obligatoire, en faisant simplement référence : aux « ouvrages faisant appel aux techniques de travaux de bâtiment ». Aujourd'hui cette théorie retrouve une place d'honneur puisqu'elle est expressément visée dans la définition de l'article L 243-1-1 du code des assurances. Comment interpréter cette notion d'accessoire ?

A la lumière du rapport de présentation de l'ordonnance, qui indique que :

« S'agissant de la théorie de l'accessoire, elle s'entend par exemple, pour les voiries et réseaux divers d'un lotissement, comme soumettant à assurance obligatoire les seules parties de voiries et réseaux divers situées sur l'unité foncière d'implantation du futur bâtiment, lui-même soumis à obligation d'assurance, et commandées par le maître de l'ouvrage ou pour son compte. En revanche, les voiries et réseaux divers qui sont réalisés dans le cadre global de l'opération d'aménagement ne seront pas soumis aux obligations d'assurance ». La notion d'unité foncière n'est cependant pas définie. Il n'est donc pas certain que les tribunaux retiennent cette référence, qui avait été proposée par le professeur H. PERINET-MARQUET dans son rapport de 1997, mais n'a pas été reprise dans l'ordonnance au terme de nombreuses discussions qui ont précédé l'adoption de ce texte.

A la lumière de la jurisprudence passée applicable dans le domaine de l'assurance construction, pourraient être considérés comme accessoires à un ouvrage soumis à l'assurance décennale obligatoire, les ouvrages ou parties d'ouvrage :

Ou nécessaires à son usage et/ou à sa pérennité qui lui sont physiquement rattachés

Exemples :

- un réseau (VRD) nécessaire à l'utilisation d'un immeuble d'habitation ou de bureau ;
- un mur de soutènement destiné à retenir les terres recevant un immeuble est l'accessoire indispensable à la pérennité de cet immeuble ;
- piscine découverte d'une maison individuelle.

Deux éléments alimentent cependant l'incertitude :

- savoir si le fait de construire l'ouvrage accessoire après l'ouvrage principal lui fait perdre ou non sa qualité d'accessoire ;

- un ouvrage exclu d'un ouvrage accessoire inclus, se trouve réintégré dans le champ de l'obligation d'assurance. Or il n'y a pas de liste d'ouvrages inclus. Cette incertitude pourrait donc permettre à la jurisprudence d'étendre une nouvelle fois le champ de l'assurance.

En résumé, pour déterminer si des travaux de construction sont soumis à assurance décennale obligatoire, il est nécessaire de raisonner en 3 étapes :

TOUT : les travaux doivent d'abord relever du domaine de la garantie décennale (1) au sens de l'article 1792 du code civil, qui vise l'ouvrage (et ses éléments d'équipement).

SAUF : l'ouvrage auquel se rapporte les travaux de construction ne doit pas figurer dans la liste des ouvrages exclus du domaine de l'assurance décennale obligatoire par l'article L 243-1-1 du code des assurances.

MAIS : si l'ouvrage figure dans la liste des ouvrages de l'alinéa 2, vérifier toujours l'application de la théorie de l'accessoire, susceptible de le faire réintégrer dans le champ de l'assurance obligatoire.

3° - Les existants exclus de l'obligation d'assurance

Il va falloir ici distinguer les existants que la jurisprudence pourra être tentée d'intégrer dans le domaine de responsabilité décennale de ceux, plus restreints, inclus dans celui de l'assurance décennale obligatoire.

Les travaux de construction ne consistent pas seulement en l'édification d'ouvrages neufs, mais concernent aussi souvent des travaux de réhabilitation, restauration, réparation, ou extension sur des ouvrages qui existent déjà et qu'on appelle alors « existants ». Il n'a jamais été contesté que les dispositions légales prévues au titre de la responsabilité décennale (articles 1792 et suivants du code civil) s'appliquaient tant à la construction d'un ouvrage neuf

qu'aux travaux réalisés sur un existant. Cependant il était également admis que seuls les dommages affectant la partie neuve de la construction étaient susceptibles de relever du régime de la responsabilité décennale et donc de l'obligation d'assurance, alors que ceux affectant les parties anciennes, même du fait des travaux, devaient être couverts par une assurance volontaire.

Cependant, la jurisprudence a progressivement étendu le champ de la responsabilité décennale, et donc celui de l'assurance, aux existants quand des dommages de nature décennale affectaient la partie neuve et la partie ancienne.

Si existants techniquement incorporés dans l'ouvrage neuf, de façon à en devenir indivisibles. Exemple : rénovation totale d'un immeuble avec conservation de l'ossature ancienne ou des fondations relevant d'une assurance facultative « dommages aux existants » (puisqu'ils sont exclus de l'assurance obligatoire).

#### 4° – MODALITES D'APPLICATION DE L'ASSURANCE DECENNALE

##### a) - Les exclusions

Le code des assurances précise que :

« Tout contrat d'assurance souscrit par une personne assujettie à l'obligation d'assurance en vertu du présent titre, est, nonobstant toute clause contraire, réputée comporter des garanties au moins équivalentes à celles figurant dans les clauses types prévues par l'article L 310-7 du Code des Assurances. »

Art L 243-1 : « tout contrat d'assurance souscrit pour l'application du titre IV du livre 1 du code français des Assurances doit obligatoirement comporter les clauses figurant à l'annexe 1 du présent article en ce qui concerne l'assurance de responsabilité...

Toute autre clause du contrat ne peut avoir pour effet d'obtenir d'une quelconque manière le contenu ou la portée de ces clauses, sauf si elle s'applique exclusivement à des garanties plus larges que celles prévues par le titre IV visé à l'alinéa précédent. »

Les contrats d'assurance RCD et DO ne peuvent donc comporter des clauses et exclusions autres que celles prévues aux annexes 1 et 2 de l'article A 243-1 du Code des Assurances Français :

– Les exclusions communes aux deux types d'assurances

La garantie du contrat ne s'applique pas aux dommages résultant exclusivement :

a) du fait intentionnel ou du dol du souscripteur ou de l'assuré ;

b) des effets de l'usure normale, du défaut d'entretien ou de l'usage anormal ;

c) de la cause étrangère, et notamment :

-directement ou indirectement, d'incendie ou d'explosion, sauf si l'incendie ou l'explosion sont la conséquence d'un sinistre couvert par le présent contrat ;

-de trombes, cyclones, inondations, tremblements de terre ou autres phénomènes naturels à caractère catastrophique ;

-de faits de guerre étrangère ;

-de faits de guerre civile, d'actes de terrorisme ou de sabotage commis dans le cadre d'actions concertées de terrorisme ou de sabotage, d'émeutes, de mouvements populaires, de grève et de lock-out ayant le caractère de cause étrangère ;

-des effets directs ou indirects d'explosion, de dégagement de chaleur, d'irradiations provenant de transmutation de noyaux d'atomes ou de radioactivité ainsi que des effets des radiations provoquées par l'accélération artificielle de particules.

Toutes ces exclusions sont opposables à l'assuré et aux tiers lésés.

– Les exceptions propres aux contrats d'assurance RCD

L'annexe 1 de l'article A 243-1 prévoit une déchéance de tout droit à garantie que l'assureur peut opposer à son assuré en cas d'inobservation inexcusable (et non volontaire

comme c'était le cas avant la loi de 1978) des règles de l'art telles qu'elles sont définies par la réglementation en vigueur, et compte tenu des règles européennes, un arrêté du 21 octobre 2005 a modifié le texte de la déchéance en visant dorénavant le non-respect « des homologuées ou les normes publiées par les organismes de normalisation des autres Etats membres de l'Union européenne ou des Etats parties à l'accord sur l'Espace économique européen, offrant un degré de sécurité et de pérennité équivalant à celui des normes françaises ».

Cette déchéance n'est pas opposable au bénéficiaire de l'indemnité. A noter que toute autre clause d'exclusion qui figurerait dans un contrat d'assurance décennale obligatoire serait réputée non écrite comme étant contraire aux règles d'ordre public relatives à l'assurance obligatoire.

a) Conditions d'application de la déchéance de garantie

En ce qui concerne la gravité de la faute, Le simple non-respect d'une règle de l'art susceptible d'engager la responsabilité de l'assuré ne saurait motiver l'application de la déchéance de garantie. Il appartient à l'assureur de démontrer le caractère inexcusable de la faute et son extrême gravité.

Exemples : La Cour a relevé les multiples manquements imputables aux constructeurs qui, pris isolément, ne pouvaient constituer une faute inexcusable. En revanche, leur conjugaison a abouti à un non-sens, un mode constructif défiant « de simple bon sens » (CA PARIS 19 novembre 2002).

De multiples violations des règles de l'art ont été relevées par l'expert judiciaire, qui après les avoir énumérées les a résumées en utilisant l'expression « travail aberrant » tandis que les magistrats ont retenu une « incurie inexcusable » pour justifier la déchéance de garantie (Cass. 1ère Civ. 7 juillet 1993 PARIS 19 novembre 2002).

Il est nécessaire que l'assuré ait eu conscience de ces manquements et du caractère prévisible de la survenance du dommage. Mais, contrairement à la faute intentionnelle,

susceptible de motiver une exclusion de garantie, l'assureur n'a pas à démontrer que l'assuré avait l'intention de provoquer le dommage.

- En ce qui concerne les auteurs de la faute

Aux termes de l'article A 243-1 du Code des assurances la faute inexcusable doit être le fait :

- du chef d'entreprise ou du représentant statutaire de l'entreprise s'il s'agit d'une entreprise inscrite au répertoire des métiers

- des représentants légaux ou dûment mandatés de l'assuré s'il s'agit d'une personne morale. Il apparaît de cette définition que la déchéance de garantie ne peut être opposée à l'assuré si la faute inexcusable à l'origine du dommage résulte des agissements d'un simple salarié qui n'a pas le pouvoir d'engager l'entreprise.

Exemple : Le fait que le salarié, présent sur le chantier, signe les courriers sur papier à tête de son employeur et prenne toutes les décisions en cours de chantier suffit à caractériser sa qualité de mandataire (CA PARIS 19 novembre 2002).

- b) Les effets de la déchéance

La déchéance est opposable à l'assuré mais, contrairement à l'exclusion, elle n'est pas opposable aux tiers lésés.

Malgré l'existence d'une inobservation inexcusable des règles de l'art, l'assureur devra verser l'indemnité au tiers lésé et en recouvrer, ensuite, le montant auprès de son assuré.

Exemple : En matière de garanties facultatives, l'inobservation inexcusable des règles de l'art est susceptible de constituer une exclusion de garantie, opposable à l'assuré comme au tiers lésé (Cass. 1ère Civ. 7 juillet 1998 et 29 octobre 2002).

- B - Le montant de la garantie décennale

a) au titre de l'assurance dommages ouvrage, la loi prévoit que la garantie s'étend au "paiement de la totalité des travaux de réparation". Les clauses types précisent, en outre, que "la garantie couvre le coût de l'ensemble des travaux afférents à la remise en état des ouvrages (...), mais que toutefois elle est limitée au coût total de la construction (...)".

Ainsi rédigée, la clause respecte le principe indemnitaire et permet la seule remise en état de l'ouvrage : l'indemnité doit permettre le règlement du coût des travaux de réparation, sans qu'aucun coefficient de vétusté ne puisse être appliqué.

Concrètement, le coût résulte du "montant définitif des dépenses de l'ensemble des travaux afférents à la réalisation de l'opération de construction, toutes révisions, honoraires, taxes et, s'il y a lieu, travaux supplémentaires compris". Les clauses stipulant un plafond de garantie sont donc parfaitement licites dans les polices dommages ouvrage.

L'indemnité versée au maître d'ouvrage au titre de l'assurance dommages ouvrage, doit-elle être utilisée à la réparation des dommages ?

1) L'indemnité versée par un assureur DO doit être affectée à la réparation des désordres (Cass. 3ème Civ. 21 novembre 2001, Tribune Assurance mars 2002, note JP Karila)

Principe de nouveau confirmé par la Cour de Cassation le 12 avril 2005.

2) Si l'indemnité versée par un assureur DO est supérieure au coût réel des travaux de réparation engagés par l'assuré, il doit « rembourser le trop perçu » pour enrichissement (Cass. 3ème Civ. 17 décembre 2003, Argus du 30/01/2004).

b) dans le cadre de l'assurance de responsabilité décennale

Une loi du 31 décembre 2006 a introduit dans le code des assurances un nouvel article L. 243-9 qui autorise le plafonnement de l'assurance décennale obligatoire dans certaines conditions.

En Conséquence : si l'entrepreneur intervient sur un chantier dont le coût excède la limite fixée par l'assureur, sans avoir préalablement sollicité une extension de garantie, il s'expose à des sanctions en cas de sinistre : règle proportionnelle 1 ou non assurance.

Face à ces limites, de plus en plus de maîtres d'ouvrage (et surtout leur assureur DO) ont exigé des entreprises qu'elles fournissent une attestation d'assurance décennale :

- comportant un montant de garantie décennale au moins égal au coût du chantier,
- avec renonciation de l'assureur à appliquer la règle proportionnelle.

Cette situation aboutit en fait à multiplier les plafonds de garantie par le nombre de constructeurs pour un même chantier, ce qui dépasse largement la valeur de l'ouvrage. Les charges du constructeur s'alourdissent de ce fait, car :

- soit il achète d'office une assurance décennale annuelle comportant un montant de garantie correct par rapport à son activité et une abrogation de règle proportionnelle satisfaisante ;
- soit il demande des extensions au coup par coup à son assureur, en fonction des chantiers auxquels il participe.

#### C - Les franchises

En responsabilité décennale, l'assuré conserve à sa charge une partie de l'indemnité dont le montant a été fixé aux conditions particulières.

Cette franchise n'est pas opposable aux bénéficiaires des indemnités. L'assuré s'interdit de contracter une assurance pour la portion du risque constitué par la franchise.

Cette disposition résulte de la clause type annexée à l'article A 243-1 du code des assurances. Il s'agit en fait d'un découvert obligatoire destiné à moraliser le risque. Si la fixation du montant est laissée au libre choix de l'assureur, il convient que celle-ci ne soit pas trop importante afin de ne pas "vider le contrat de sa substance".

D - La durée légale de l'assurance décennale – gestion en capitalisation

↳ En responsabilité décennale, le contrat doit couvrir l'assuré pour la durée de la responsabilité pesant sur lui en vertu des articles 1792 et suivants du Code civil.

En 1983, le système est passé d'une gestion en répartition à une gestion en capitalisation.

Aux termes de l'article L 241-1 du Code des assurances, le contrat d'assurance décennale est "réputé comporter une clause assurant le maintien de la garantie pour la durée de la responsabilité pesant sur la personne assujettie à l'obligation d'assurance".

De son côté, l'article A 243-1 du Code des assurances précise que "le contrat couvre pour la durée de la responsabilité pesant sur l'assuré en vertu des articles 1792 et 2270 du Code civil, les travaux ayant fait l'objet d'une ouverture de chantier, pendant la période de validité aux conditions particulières.

La garantie afférente à ces travaux est maintenue dans tous les cas pour la même durée, sans paiement de prime subséquente".

Le contrat d'assurance décennale couvre donc, pour dix ans, les dommages affectant l'ouvrage construit, depuis la date d'effet du contrat.

Seule condition : que la déclaration d'ouverture du chantier (DROC) ait bien eu lieu postérieurement à la date d'effet du contrat, et antérieurement à la date d'expiration de celui-ci.

↳ En dommages ouvrage, selon l'article L 242-1 du Code des assurances, l'assurance doit être souscrite "avant l'ouverture du chantier" et toute justification doit être apportée par l'intéressé lors de la déclaration d'ouverture de chantier.

Il arrive qu'une police dommages ouvrage soit souscrite en cours de chantier, voire même postérieurement à l'achèvement de la construction. Sur recours contre une décision du Bureau Central de Tarification qui s'était déclaré incompétent, le Conseil d'Etat a validé la souscription tardive d'une DO, sous réserve que l'assuré fournisse un rapport de contrôle technique sur l'état de la construction au jour de la souscription.

En principe, l'assurance prend effet après réception des travaux, mais ne doit trouver application qu'après la période de garantie de parfait achèvement, due par l'entrepreneur lui-même. La loi prévoit toutefois deux hypothèses où la garantie prend effet plus tôt :

- avant réception, après mise en demeure restée infructueuse, le marché du constructeur devant avoir été résilié pour inexécution par celui-ci de ses obligations ;
- après réception, lorsque, après mise en demeure reste infructueuse, l'entrepreneur n'a pas exécuté ses obligations de parfait achèvement.

La clause type énonce simplement que la garantie prend fin à l'expiration d'une période de

Dix ans à compter de la réception des travaux.

### **B- L'assurance dommages-ouvrages du maître d'ouvrage**

L'assurance dommages ouvrage prend effet à l'issue de l'expiration du délai de parfait achèvement, soit un an après la réception de l'ouvrage. Toutefois, le maître d'ouvrage doit être vigilant quant à son délai pour agir. En effet, il dispose d'un délai de deux ans, à compter de sa connaissance des désordres pour mettre en jeu la garantie. L'assurance dommages ouvrage doit faire l'objet du lancement d'un marché public dans le cas où son montant dépasse un certain montant.

L'obligation de souscription de l'assurance dommages ouvrage, n'exonère pas les constructeurs de leur responsabilité au titre des articles 1792 du Code Civil.

Il est parfois possible de trouver sur le marché de l'assurance des polices Dommages Ouvrages à aliment (notamment pour des ouvrages industriels types), la plupart des contrats D.O. sont des contrats établis chantier par chantier.

Ceci s'explique, comme pour la Police Tous Risques Chantier, par le fait que chaque opération est différente (type de construction, montant, nature du sol, intervenants...) et que l'assureur a besoin de connaître chaque affaire pour apprécier le risque.

De plus sur le plan juridique la forme "Police de Chantier" est parfaitement adaptée puisque le contrat et l'ouvrage garanti sont en symbiose totale.

#### 1° - Principe de l'assurance Dommages Ouvrage

L'assurance D.O. a pour objet essentiel d'assurer le préfinancement rapide des dommages de nature décennale afin que le propriétaire de l'ouvrage puisse procéder à la réparation des dommages déclarés. Une fois cette indemnisation effectuée, l'assureur D.O. subrogé dans les droits du propriétaire exerce son recours contre les constructeurs responsables. On a l'habitude de parler à ce sujet de clef de voûte de l'assurance construction.

Il faut reconnaître que sur ce point le législateur a parfaitement atteint son objectif, et la réforme de l'assurance construction opérée par l'ordonnance du 8 juin 2005 n'a absolument pas remis en cause le principe de préfinancement du sinistre par le biais de la Dommages Ouvrage.

#### 2° - Une assurance Dommages Ouvrage pour quels ouvrages ?

A l'origine, l'obligation d'assurance s'imposait à toute personne physique ou morale qui, agissant en qualité de propriétaire de l'ouvrage, de vendeur ou de mandataire du propriétaire, faisait réaliser des ouvrages soumis à assurance décennale obligatoire, ainsi qu'au promoteur immobilier. Seul l'Etat était dispensé de cette obligation.

Depuis la loi du 31.12.89 (art. 47), sont en effet dispensées de cette obligation : les personnes morales de droit public qui font réaliser pour leur compte des ouvrages soumis à l'assurance décennale obligatoire, pour un usage autre que l'habitation,

Les personnes morales de droit privé qui répondent à la norme européenne sur les grands risques et qui font réaliser pour leur compte des ouvrages soumis à l'assurance décennale obligatoire pour un usage autre que l'habitation.

A ce titre, la réforme de l'assurance construction du 8 juin 2005, qui liste les ouvrages non soumis à l'assurance décennale obligatoire, n'a pas d'incidence sur le domaine irréductible de l'assurance DO qui reste l'habitation.

Pour les ouvrages autres que l'habitation, il faut distinguer à la fois selon les ouvrages et la qualité du maître d'ouvrage pour savoir s'il y a lieu de souscrire ou non une assurance dommages ouvrage.

### 3° - Incidence de l'obligation d'assurance

Sur le plan de la rédaction des contrats, la contrainte pour les assureurs est forte, car comme en RC Décennale ils doivent respecter les clauses types prévues par l'article A243-1 du Code des Assurances (absence de franchise, montant de la garantie, exclusions, durée de la garantie, procédure d'expertise...), ainsi qu'un formalisme très précis et contraignant en matière d'expertise.

### 4° – Responsabilité et Assurance Construction

A contrario, lorsque l'ouvrage à assurer ne relève pas de l'assurance obligatoire l'assureur peut ne pas respecter les clauses types. Ceci est fréquent en matière de franchises, mais cela peut aussi concerner le fond du texte.

Le ministère de l'équipement, de l'économie et des finances et de l'intérieur, parfaitement conscient de cette possibilité a attiré l'attention des collectivités locales sur cette éventualité dans une circulaire du 11 juillet 1990 recommandant de faire jouer la concurrence entre les assureurs et de veiller à ce que le contenu des contrats soit le plus proche possible des clauses types.

### 5° - Durée et nature de la garantie

a) Durée de la garantie (cf supra « assurance décennale obligatoire » - IV – D)

L'objet du contrat Dommages Ouvrage est d'assurer le préfinancement des travaux de réparation, il prend donc le relais des entreprises, soit lorsque leur obligation d'intervenir

Dans le cadre de la garantie légale de parfait achèvement a cessé, soit lorsque l'entreprise est défailante.

b) La nature des sinistres

Le contrat Dommages Ouvrage a pour objet de garantir les "dommages de la nature de ceux dont sont responsables les constructeurs" et non les sinistres dont sont responsables les constructeurs.

De cette rédaction alambiquée, les tribunaux, sous la pression d'une partie de la doctrine, en ont conclu que l'assurance Dommages Ouvrage avait un domaine d'intervention propre indépendant de celui de la Responsabilité Décennale. Selon cette jurisprudence il suffit que le sinistre soit physiquement de nature décennale (ouvrage rendu impropre à sa destination) pour que la garantie joue, même si la responsabilité décennale des constructeurs n'est pas engagée.

Ceci a pour conséquence de faire prendre en charge par l'assureur Dommages Ouvrage tous les dommages de nature décennale signalés lors de la réception, sans possibilité pratique de recours puisque la responsabilité décennale (et donc la garantie d'assurance) ne commence à courir qu'après le prononcé de la réception pour les parties d'ouvrages qui ne font pas l'objet de réserves.

5° - Les garanties

a) La garantie obligatoire

Il s'agit de la garantie de base du contrat dont le contenu doit répondre, pour les ouvrages soumis à l'obligation d'assurance, aux clauses types de l'article A243-1 du code des assurances. Elle doit répondre ainsi à certaines exigences.

- Le montant de garantie

Le montant de la garantie est obligatoirement égal au montant des travaux (en principe TTC du fait que l'assureur sera amené à indemniser le sinistre toutes taxes (comprises) et l'assureur est tenu d'indemniser l'intégralité du sinistre.

- Pas de Franchise applicable

La loi du 31 décembre 1989 a supprimé toute franchise, non seulement pour les contrats souscrits à compter de cette date, mais également pour les contrats souscrits antérieurement et pour lesquels les assureurs avaient prévu des franchises.

- Une indemnisation sans vétusté

Les tribunaux judiciaires considèrent que l'indemnisation du sinistre doit être réalisée sans application de vétusté, même en fin de garantie et même si l'ouvrage n'a fait l'objet d'aucune mesure d'entretien.

- Y COMPRIS EN CAS D'ABSENCE D'OUVRAGE

L'assureur Dommages Ouvrage est tenu de prendre en charge au titre de l'indemnisation du sinistre les "absences d'ouvrages". Ainsi, si la réparation du sinistre nécessite la création d'un cuvelage non prévu et non exécuté à l'origine, l'assureur Dommages Ouvrage devra prendre en charge ce sinistre (à charge pour lui d'exercer son recours contre les responsables), alors même qu'à l'origine, le maître d'ouvrage a réalisé une économie et qu'aucune prise en compte de ce coût n'a été faite au niveau de la cotisation du contrat (et de ceux des constructeurs).

- OBLIGATION DE REPARER AVEC L'INDEMNITE

De nombreuses années d'actions auront été nécessaires pour convaincre les tribunaux qu'il n'était pas normal pour un maître de l'ouvrage d'utiliser l'indemnisation pour faire autre chose que réparer, dès lors qu'il s'agissait de désordres à la construction, portant atteinte à sa solidité ou la rendant impropre à sa destination. D'abord la Commission des Clauses Abusives de la copropriété le 17 juin 1998 a énoncé que le syndic devait « justifier de l'emploi de l'indemnité à la réparation de l'ouvrage sinistré » sauf à engager sa responsabilité. Puis les tribunaux ont finalement admis que l'indemnité DO ne pouvait être utilisée que pour la

réparation (Cass. 3ème Civ. 12 avril 2005, Albingia), et intégralement, sauf à devoir rembourser le trop perçu (Cass. 3ème Civ. 17 décembre 2003 – 2 arrêts).

- Possibilité d'application de la règle proportionnelle. On peut espérer que les tribunaux accepteraient que l'assureur applique la règle proportionnelle de prime prévue à l'article 19 CIMA en cas de déclaration inexacte du montant des travaux à assurer (voir en ce sens l'arrêt de la cour de cassation 1°civ. du 6 décembre 1994 concernant une fausse déclaration de montant de travaux par un architecte à son assureur ainsi que la réponse ministérielle faite à Monsieur Le FOLL, le 16 janvier 1989).

#### b) Les garanties facultatives

Ces garanties, à ne pas confondre avec la garantie obligatoire souscrite à titre facultatif pour les ouvrages ne relevant pas de l'obligation d'assurance, sont généralement les suivantes.

La garantie de bon fonctionnement de deux ans concerne les biens d'équipement lorsque ceux-ci ne rendent pas l'ouvrage impropre à sa destination.

La garantie des dommages immatériels et celle aux existants consécutifs à un sinistre de nature décennale ou relatifs à la garantie de bon fonctionnement.

Ces deux garanties échappent au domaine de l'assurance obligatoire, le texte du contrat est donc libre ainsi que leur montant (de l'ordre de 45 000 000 F.CFA à 330 000 000 FCFA) et l'assureur peut appliquer une franchise sur ces postes s'il le désire.

#### 6° - La constitution du dossier Dommages Ouvrage

La constitution du dossier poursuit un double but. D'une part comme en TRC permettre à l'assureur de se faire une idée sur la nature du risque à assurer. Pour cela il va demander le même type de renseignement qu'en TRC en s'attachant essentiellement à l'ouvrage lui-même.

### **C- L'Assurance Tous risques chantiers**

#### 1° - Principe de l'assurance tous risques chantier

Le contrat Tous Risques Chantier a pour objet de garantir « tous les Dommages aléatoires » pouvant survenir sur le chantier. Cette assurance facultative est souscrite pour compte commun par un maître d'ouvrage, un maître d'œuvre ou une entreprise générale pour un chantier donné, dont les garanties bénéficient tant au maître d'ouvrage qu'à chacun des intervenants sur le chantier.

Aucun texte n'encadre la TRC, de sorte que son contenu est libre de recouvrir ce que les parties décident.

Le plus souvent cette assurance réunit :

- les dommages matériels à l'ouvrage ;- les dommages aux ouvrages provisoires et matériaux de chantier. Les dommages doivent être accidentels ou survenant de façon fortuite. Cette assurance ne couvre donc ni les vices de construction, ni les erreurs de conception. A - Principe de l'assurance tous risques chantier

L'article 1788 du Code Civil prévoit toutefois que "si dans le cas où l'ouvrier fournit la matière, la chose vient à périr de quelque manière que ce soit, la perte en est pour l'ouvrier, à moins que le maître ne fut en demeure de recevoir la chose".

La jurisprudence considère que le constructeur est gardien de l'ouvrage en cours de réalisation et est tenu d'une obligation de résultat envers le maître d'ouvrage.

De ce fait, même si le maître d'ouvrage devient propriétaire de l'ouvrage au fur et à mesure de l'édification, les entreprises constructrices sont présumées responsables des dommages pouvant survenir.

Pour répondre à ce besoin de garantie, les assureurs ont mis en place dans les contrats de responsabilité professionnelle à abonnement, des garanties annexes qui apportent des réponses partielles dont la plus connue est la garantie Effondrement, délivrée au titre des contrats de responsabilité décennale (garantie facultative), mais aussi des garanties Incendie en annexe des contrats RC TRAVAUX. Toutefois, même si ces garanties permettent de couvrir une part importante des sinistres pouvant survenir sur un chantier, elles n'apportent pas une solution totalement satisfaisante.

Tout d'abord en ce qui concerne les causes de sinistre, ces garanties sont limitées à des cas précis, l'effondrement dans un cas, l'incendie dans l'autre.

Par contre, le contrat Tous Risques Chantier a pour objet de garantir "tous les dommages aléatoires" pouvant survenir sur le chantier. Il s'agit d'un véritable contrat "tous sauf", qui permet de couvrir aussi bien les conséquences d'une tempête que la chute d'une grue en passant par l'éboulement de terrain ou le vol des matériaux (même si les conditions de délivrance de cette garantie sont devenues de plus en plus draconiennes).

La seule condition à la mise en jeu du contrat restant l'existence d'un aléa, notion qui dans certains cas est difficile à cerner.

Le contrat Tous Risques Chantier permet de s'adapter au montant réel du risque. La garantie délivrée correspond au montant HT du chantier.

Le contrat TRC est donc le contrat permettant de couvrir au mieux les dommages pouvant atteindre un ouvrage en cours de construction.

#### 2°- Les assurés d'un contrat TRC

La notion d'assuré est double : Il s'agit de l'ouvrage qui doit être précisément défini aux Conditions Particulières du contrat par son adresse (attention aux ouvrages réalisés en plusieurs tranches, îlots...), mais aussi par le détail des travaux (par exemple si des travaux provisoires doivent être effectués il conviendra de les identifier et de prévoir un montant de garantie). De même si l'ouvrage neuf est réalisé sur des parties anciennes il conviendra de prévoir un montant de garantie pour les "existants".

Il s'agit également des personnes qui seront amenées à intervenir, directement ou non sur le chantier, tels que le maître d'ouvrage, le client du maître d'ouvrage, les concepteurs (architectes, BET, Bureaux de contrôle), les entreprises traitantes et les entreprises sous-traitantes, les fournisseurs...

Selon les contrats, toutes ces personnes ou seulement certaines seront désignées comme "assuré", ce qui conditionnera l'exercice des recours de l'assureur. Ainsi, si un effondrement se produit du fait d'une malfaçon d'un sous-traitant, l'assureur TRC indemniser le sinistre, mais sera en droit d'exercer son recours contre le sous-traitant et son assureur, si le sous-traitant n'est pas mentionné au titre des assurés. Par contre s'il est mentionné, l'assureur TRC ne dispose d'aucun recours car on ne peut agir contre son propre assuré.

### 3 - Les garanties du contrat TRC

#### a) Les garanties relatives à l'ouvrage

L'objet du contrat est de garantir les dommages matériels et aléatoires à l'ouvrage en cours de construction.

Les dommages peuvent avoir une origine extérieure à l'ouvrage, phénomène naturel (Incendie, tempête, inondation, avalanche...), vol ou vandalisme, choc de corps étrangers (Engins, véhicules...) ou une origine interne aux travaux (erreur de calcul, malfaçon, matériaux inadaptés ou défectueux).

Lorsque l'origine est externe, la mise en jeu du contrat pose peu de problèmes. Par contre cette application peut être plus délicate lorsque l'origine réside dans les travaux eux-mêmes.

Par exemple en cas de vice du matériau le contrat doit-il s'appliquer, s'agissant d'une cause antérieure à la réalisation du chantier. Ce sera le cas uniquement si cette défectuosité entraîne un dommage à la construction.

Ainsi un béton destiné aux fondations d'un immeuble se révèle défectueux et entraîne l'arrêt du chantier. L'assureur TRC n'interviendra pas en l'absence de sinistre.

De même en cas de conception défectueuse. Si l'erreur d'un BET provoque un effondrement de dalle, le contrat est appelé à jouer. Par contre si l'erreur de calcul entraîne la réalisation de portes de garages trop petites et qu'il faut démolir une partie de l'ouvrage, l'assureur TRC ne doit pas intervenir.

Bien entendu cette garantie ne préjuge pas de la possibilité que peut avoir l'assureur d'exercer un recours contre les responsables s'ils n'ont pas la qualité d'assuré au contrat (notamment les concepteurs et les fabricants).

La tendance des tribunaux est de détourner l'objet du contrat TRC pour le faire jouer comme une garantie au profit du maître d'ouvrage sans prendre en compte la notion d'aléa. Ainsi la

Cour d'Appel de Paris a considéré (arrêt du 23/10/92) que la clause limitant l'assurance aux dommages causés par un événement fortuit et soudain non contractuellement défini est ambiguë et ne répond pas aux exigences du code des assurances. Il s'agissait en l'espèce d'un

chantier routier qui se dégradait au fur et à mesure du passage des engins de chantier sur les parties réalisées.

b) Les autres garanties

En complément des garanties à l'ouvrage lui-même, le contrat TRC a pour objet de couvrir également les matériaux et matériels des entreprises sur le chantier. Ceci permet notamment d'apporter une solution à l'existence de groupements momentanés de plus en plus fréquents sur les chantiers.

De même certains contrats TRC couvrent les engins par une garantie Bris de Machine ou accordent des garanties de Responsabilité Civile en cours de travaux, au maître d'ouvrage, mais aussi aux constructeurs en complément des garanties accordées par leurs contrats personnels.

Par contre un contrat TRC n'a jamais pour objet de couvrir les préjudices financiers résultant d'un dommage même garanti. Par exemple les pertes d'exploitation consécutives à un retard de livraison à la suite d'un incendie ou des pertes de place de garages du fait de travaux d'étanchéité.

4° - La durée de la garantie

On a coutume de dire que les effets du contrat TRC débutent à l'ouverture du chantier pour s'achever à la réception ce qui n'est pas tout à fait exact.

Des erreurs de conception commises en amont du chantier peuvent avoir des effets en cours de chantier (erreur de calcul d'un bureau d'étude). Ce qui est important c'est que la réalisation du dommage se produise pendant l'exécution du chantier assuré (et non en usine de préfabrication avant l'ouverture du chantier). De même les conditions de transport des matériaux sont essentielles, le contrat TRC prendra en compte un sinistre en résultant

(Produit pollué du fait d'une cuve mal nettoyée), mais ne garantira pas le sinistre survenant au cours du transport.

Postérieurement à la réception, les entreprises sont amenées à intervenir sur le chantier dans le cadre de la garantie de parfait achèvement. Dans cette hypothèse il peut être nécessaire de poursuivre les garanties du contrat. C'est ce que nous faisons, au cas par cas, par le canal d'un avenant de maintenance.

Mais l'essentiel du risque TRC se situe pendant l'exécution des travaux, et notamment dans les semaines qui précèdent la réception. Or, s'agissant d'une police de chantier, il existe une date de début d'effet du contrat et une date de fin au contrat qui doivent être calquées sur les dates du chantier. Si la date de début est facilement maîtrisable par le souscripteur du contrat, la date de fin est soumise aux aléas du chantier et il n'est pas rare de constater des

dépassements. Dans ce cas il est impératif de prévenir l'assureur TRC sous peine de se voir opposer un refus de garantie pour fin d'effet du contrat.

En effet le coût d'un contrat TRC est basé sur le type d'ouvrage assuré, mais aussi sur la durée de l'exposition au risque maximal qui est celui précédent la réception. Si cette modification est demandée et justifiée bien en amont, l'assureur adaptera son contrat et percevra un supplément de cotisation. S'il en est averti au dernier moment, il sera très certainement réticent à proroger sa garantie.

#### 5° - Les renseignements à fournir lors de la souscription du contrat

Comme pour toute police de chantier l'assureur va s'attacher à la qualité des intervenants et aux modes de construction, il demandera donc systématiquement :

La liste des constructeurs (qualification, attestations d'assurance RCP et RCD), descriptif et nature des travaux, montant des travaux et des ouvrages provisoires (sert à définir les montants de garanties), environnement du chantier, modalité des travaux de démolition (explosif, engins, manuel...), études de sol (fondations spéciales, pompage...), marché de travaux (clauses d'assurances, responsabilités...), planning d'exécution des travaux.

### **Paragraphe 2 : Les assurances facultatives**

Un certain nombre de risques, exclus du domaine de l'assurance obligatoire, peuvent néanmoins trouver des solutions de couverture.

Un nombre important de garanties complémentaires existe, variant en fonction des divers assureurs. Toutefois certaines sont incontournables pour un maître d'ouvrage.

Dans la majorité des cas, les dommages avant réception, sont assurés par les constructeurs concernés. Le maître d'ouvrage se retournera contre le constructeur, qui demandera à son assurance de le couvrir financièrement des dommages dont il est responsable.

#### **A. Assurance effondrement avant réception**

Cette police garantit avant réception la réparation des travaux nécessaires pour remédier à un risque d'effondrement de l'ouvrage en construction.

##### 1. Nature juridique de la garantie

C'est une garantie ayant un double fondement juridique :

a) Assurance de choses par nature

La nature juridique de cette garantie a fait l'objet de quelques rebondissements jurisprudentiels, mais à ce jour, sa nature d'assurance de chose ne fait plus débat.

La Cour suprême Française retient de manière constante que cette garantie se présente « comme une assurance de chose souscrite au bénéfice exclusif de l'entrepreneur assuré, et non comme une assurance de responsabilité autorisant l'exercice de l'action directe des maîtres d'ouvrage » (Civ. 1re, 6 janvier 1994 ; Civ. 3e, 10 février 2009, n° 07-21.170).

Pourtant, la Cour de cassation avait déjà retenu la qualification d'assurance de responsabilité pour une garantie effondrement dont la police énonçait non pas couvrir les conséquences pécuniaires de la responsabilité de l'entrepreneur pour les dommages en cours de travaux, mais seulement les dommages matériels aux ouvrages en construction, « pour autant que cette réparation soit à la charge de l'entrepreneur en vertu du contrat de prestation » (Civ. 1re, 15 novembre 1983). La qualification était hâtive et avait été critiquée par la doctrine, non convaincue.

Par la suite, la Cour s'est montrée plus exigeante dans son contrôle de la qualification juridique de la garantie effondrement, par exemple en refusant de voir une assurance de responsabilité dans une convention dite « professionnel du bâtiment » au seul motif qu'elle faisait référence dans son intitulé à la notion de responsabilité civile. Elle est donc qualifiée d'assurance de chose (Civ. 1re, 3 octobre 1995).

La garantie effondrement peut également revêtir la nature d'assurance de responsabilité civile d'accord-parties.

b) Assurance de responsabilité par la volonté des parties

La garantie effondrement peut présenter la nature d'assurance de responsabilité si les parties le prévoient contractuellement. Sur ce point, il convient de rappeler qu'en tant que garantie facultative, la garantie d'effondrement est « soumise au principe de la liberté des conventions » (Civ. 3e, 11 mai 2000, n° 98-18.591). Aussi, le contenu de la police d'assurance prend-il toute son importance dans la qualification juridique de la garantie.

Clause d'exclusion : il est possible de restreindre le champ d'application de la garantie effondrement, toutefois, ces clauses d'exclusions doivent être formelles et limitées. Elles ne peuvent donc pas vider de substance l'assurance (exemple: porter sur le risque d'effondrement).

#### **B. Assurance sur les existants divisibles**

Les assureurs en France proposent, depuis l'ordonnance du 8 juin 2005, systématiquement une garantie complémentaire sur les existants dans les contrats délivrés pour des opérations comportant une intervention sur un ouvrage existant, tel que la réhabilitation. Par conséquent, à ce jour, les existants sont couverts via deux mécanismes :

- les existants incorporés à l'ouvrage relèvent de l'assurance obligatoire,
- les existants divisibles de l'ouvrage relèvent de la garantie facultative.

#### **C. Assurance de bon fonctionnement des éléments d'équipement dissociables.**

La garantie de bon fonctionnement est mise en œuvre lorsque qu'il est démontré qu'un élément d'équipement dissociable est atteint d'un défaut de fonctionnement et qu'il a été mis en œuvre ou encore installé lors de la construction de l'ouvrage.

La durée de cette garantie est de deux ans et les entrepreneurs sont de réparer les défauts qui affectent le bon fonctionnement des équipements dissociables du corps de l'ouvrage. A l'instar de la garantie décennale (que nous verrons plus tard), la garantie biennale de bon fonctionnement est une garantie objective ; autrement dit, il y a une responsabilité de plein droit qui est engagée hors considération de l'existence d'une faute.

Cette garantie couvre les équipements dissociables de l'ouvrage. Ce sont des éléments que l'on peut démonter, remplacer sans endommagement de l'ouvrage sur lequel il repose.

Les éléments d'équipement dissociables doivent avoir été installés en même temps que la réalisation de l'ouvrage.

La notion d'élément dissociable est définie a contrario par l'article 1792-2 du Code civil :

« Un élément d'équipement est considéré comme formant indissociablement corps avec l'un des ouvrages de viabilité, de fondation, d'ossature, de clos ou de couvert lorsque sa dépose, son démontage ou son remplacement ne peut s'effectuer sans détérioration ou enlèvement de matière de cet ouvrage. »

Ainsi, l'élément dissociable est celui dont la dépose, le démontage ou le remplacement peut s'effectuer sans détérioration enlèvement de matière de l'ouvrage.

Quelques exemples d'éléments dissociables :

- Un interphone ;
- Un chauffe-eau mural ;
- Une pompe à chaleur et une chaudière à bois ;
- Des douchettes ;
- Un plafond suspendu ;
- Des doubles vitrages ;
- D'une manière générale, des équipements mécaniques ou électriques tels que des appareils de ventilation ;
- Des plaques électriques de cuisson ;
- Un revêtement de façade en plastique épais destiné à décorer un immeuble et non à assurer son étanchéité ;
- Des ballons d'eau chaude ;
- Des portes et fenêtres ;
- Des panneaux de revêtements des murs d'un hôpital ;
- Des cloisons mobiles ;
- Des éléments de cuisines préfabriquées installées sous une pailasse ;
- Des gouttières et des crochets qui les soutiennent ;
- Un système de sonorisation ;
- Des carrelages qui sont simplement collés et qui présentent des fissures, mais cette jurisprudence semble être aujourd'hui remise en cause par la Cour de Cassation qui considère par un arrêt récent du 13 février 2013 que le dallage collé ne constitue pas un élément d'équipement dissociable soumis à la garantie de bon fonctionnement et ne relève que de la responsabilité contractuelle de droit commun.

Il faut, toutefois, noter que la jurisprudence interprète de façon de plus en plus restrictive la notion d'éléments d'équipement dissociables en opérant une distinction entre ceux destinés à fonctionner et ceux qui, étant inertes, ne sont pas destinés à fonctionner.

La Cour de Cassation a rendu un autre arrêt du 11 septembre 2013 par lequel elle exclut la garantie de bon fonctionnement pour un carrelage au motif qu'il ne s'agit pas d'un élément « destiné à fonctionner ».

Le cas des moquettes semble être discuté, certaines juridictions considérant qu'il s'agit d'équipements dissociables, mais la Cour de cassation considère que les moquettes et les tissus tendus ne sont pas les éléments d'équipement soumis à la garantie de bon fonctionnement et ne relèvent que de la responsabilité contractuelle de droit commun (Arrêt du 30 novembre 2011).

L'assurance de cette garantie est facultative mais vivement recommandée.

Nous pensons avoir fait le tour de toutes les techniques requises pour la mise en place de ces différentes garanties. L'intérêt principal était de donner une ébauche d'informations aux différents intervenants aux marchés publics sur les garanties possibles de leurs différents risques.

## CONCLUSION GENERALE

Nous avons essayé, tout au long de notre propos d'étudier tous les mécanismes qui régissent le fonctionnement des marchés publics.

Les difficultés principales qui ont été rencontrés dans l'élaboration de notre étude tiennent à la nouveauté que constituent ces disciplines pour nos marchés africains. Autre difficulté particulière, les informations chiffrées fiables ne pouvant pas être obtenus des différents organes. Toutefois, force est de louer la tendance suivi par beaucoup de pays africains de mise à jour de leur législation. Il persiste toutefois, un gros œuvre à effectuer car nos pays sont toujours tr-s fortement influencés par les textes régissant les réalités occidentales, alors que le niveau d'évolution des infrastructures n'est pas identiques.

Louables sont les efforts d'encadrement des différents processus de passation des marchés ; e qui les rend transparent et garant des règle de concurrence loyale et d'arbitrage entre les différents soumissionnaires.

Le chemin est balisé, et il reste un long processus de mise à jour des pratiques conformément aux normes internationales.

Ces nouvelles règles en termes de passation de marchés et de garanties auront toutefois le grand avantage de contribuer à la promotion des assurances de construction en général, les autres types d'assurances en particulier.

L'exemple est donné par le cas où le soumissionnaire qui découvre la garantie caution octroyée par l'assurance prend conscience des risques pour être assurables.

La tendance est en effet confirmée que les assurances des constructions sont devenues des moyens de pénétration des assurances dans les mentalités des opérateurs économiques.

## **Bibliographie**

### I) LEGISLATION -Code des marchés publics Sénégalais et loi portant partenariat public privé

- Acte uniforme sur l'organisation des suretés
- Code des assurances CIMA
- Code des obligations Civiles et Commerciales du Sénégal
- le Code civil français

### 2) Ouvrages généraux et spécialisés :

#### MARCHES PUBLICS :

- « Mémento des marchés publics de travaux, Intervenants, passation & exécution », EYROLLES août 2011 ;
- Wyckoff « Le Guide des bonnes pratiques en matière de marchés publics », édition du 26 septembre 2014, Ministère de l'Economie et des finances DAJ France ;

#### ASSURANCE CONSTRUCTION

- L. Karila & C. Charbonneau « Droit de la construction : Responsabilités et assurance, , lexis nexis 2007.

#### CAUTIONNEMENT

- Bastin « Le paiement de la dette d'autrui », LGDJ, avril 1999.
- LEGEAIS, « le droit des suretés et garanties du crédit » LGDJ 11<sup>e</sup> éd.2016

### 3-Autres articles, revues, mémoires

- « Construction bonds guide », Clark wilson – 2007
- Mémoire de fin d'études de M. Alioune DIOP FAYE « l'Assurance-crédit –caution : outil de compétitivité et de promotion des petites et moyennes entreprises »
- Rapport de stage de M. Alioune NDIAYE, « La mise en place d'une assurance caution au Sénégal »

REPUBLIQUE DU SENEGAL

Un Peuple – Un But – Une Foi

-----  
MINISTRE DE L'ECONOMIE,  
DES FINANCES ET DU PLAN  
-----

Direction centrale des Marchés publics



Situation des marchés passés durant le 1<sup>er</sup> trimestre 2016

Financement Mode de passation	Budget Consolidé d'investissement	Budget de Fonctionnement	Comptes Spéciaux du Trésor	Extérieur	Total
APPELS D'OFFRES	10 021 361 779	49 811 528 124	5 030 559 935	348 026 948 275	412 890 398 112
ENTENTE DIRECTE (Art 76)	353 051 671	4 806 510 532	1 089 139 169	1 208 126 795	7 456 828 167
CONVENTION de FINANCEMENT	42 660 210 318	-	-	241 741 190 797	284 401 401 115
<b>TOTAL</b>	<b>53 034 623 768</b>	<b>54 618 038 656</b>	<b>6 119 699 104</b>	<b>349 235 075 069</b>	<b>463 007 436 597</b>
% entente directe (art 76)	1%	9%	18%	0%	2%
% entente directe (art 3)	80%	0%	0%	69%	61%
% entente directe	81%	9%	18%	70%	63%

## Répartition des marchés immatriculés durant le premier trimestre 2016

- Par mode de passation

Tableau 2 : Répartition des marchés immatriculés par mode de passation						
Mode de passation	Montant		Total			
	Dakar	Pôles	Montant		Nombre	
			Valeur	%	Valeur	%
DRP ouverte	2 270 311 190	978 259 365	3 248 570 555	1%	126	20%
Avenant	7 711 315 485	1 675 706 160	9 387 021 645	2%	86	13%
Appel d'offres restreint	8 454 736 537	8 081 377 787	16 536 114 324	4%	30	5%
Demande de proposition	14 868 320 539	3 652 418 109	18 520 738 648	4%	30	5%
Appel d'offres ouvert	92 728 596 787	30 728 165 356	123 456 762 143	27%	316	49%
Entente directe	291 853 606 030	4 623 252	291 858 229 282	63%	53	8%
<b>Total</b>	<b>417 886 886 568</b>	<b>45 120 550 029</b>	<b>463 007 436 597</b>	<b>100%</b>	<b>641</b>	<b>100%</b>

- Par type de marché

Tableau 3 : Répartition des marchés immatriculés par type de marché				
Type de marché	Montant	%	Nombre	%
Services courants	10 370 383 154	2%	79	12%
Prestations intellectuelles	19 517 518 789	4%	51	8%
Fournitures	39 826 160 277	9%	323	50%
Travaux	393 293 374 377	85%	188	29%
<b>Total</b>	<b>463 007 436 597</b>	<b>100%</b>	<b>641</b>	<b>100%</b>

REPUBLIQUE DU SENEGAL

Un Peuple – Un But – Une Foi

MINISTRE DE L'ECONOMIE,  
DES FINANCES ET DU PLAN

Direction centrale des Marchés publics



Situation des marchés passés durant le 2<sup>e</sup> trimestre 2016

Financement Mode de passation	Budget Consolidé d'Investissement	Budget de Fonctionnement	Comptes Spéciaux du Trésor	Extérieur	Total
APPELS D'OFFRES	58 995 809 760	55 154 110 254	9 110 797 144	46 828 144 721	170 088 861 879
ENTENTE DIRECTE	981 633 607	5 145 158 988	943 044 128	1 595 327 147	8 665 163 870
TOTAL	59 977 443 367	60 299 269 242	10 053 841 272	48 423 471 868	178 754 025 749
% entente directe	2%	9%	9%	3%	5%

## Répartition des marchés immatriculés durant le deuxième trimestre 2016

- Par mode de passation

Tableau 2 : Répartition des marchés immatriculés par mode de passation						
Mode de passation	Montant		Total			
	Dakar	Pôles	Montant		Nombre	
			Valeur	%	Valeur	%
Appel d'offres ouvert	99 590 000 919	6 441 323 776	106 031 324 695	59%	493	52%
Appel d'offres restreint	34 613 043 874	1 566 813 391	36 179 857 265	20%	35	4%
Entente directe	8 640 723 870	24 440 000	8 665 163 870	5%	30	3%
Demande de proposition	8 685 700 188	483 765 682	9 169 465 870	5%	37	4%
Avenant	12 817 867 819	280 449 889	13 098 317 708	7%	80	8%
DRP ouverte	4 393 907 130	1 215 989 211	5 609 896 341	3%	275	29%
<b>Total</b>	<b>168 741 243 800</b>	<b>10 012 781 949</b>	<b>178 754 025 749</b>	<b>100%</b>	<b>950</b>	<b>100%</b>

- Par type de marché

Tableau 3 : Répartition des immatriculation par type de marché				
Type de marché	Montant	%	Nombre	%
Services courants	9 459 699 856	5%	107	11%
Prestations intellectuelles	11 855 987 590	7%	72	8%
Fournitures	27 732 457 516	16%	504	53%
Travaux	129 705 880 787	73%	267	28%
<b>Total</b>	<b>178 754 025 749</b>	<b>100%</b>	<b>950</b>	<b>100%</b>